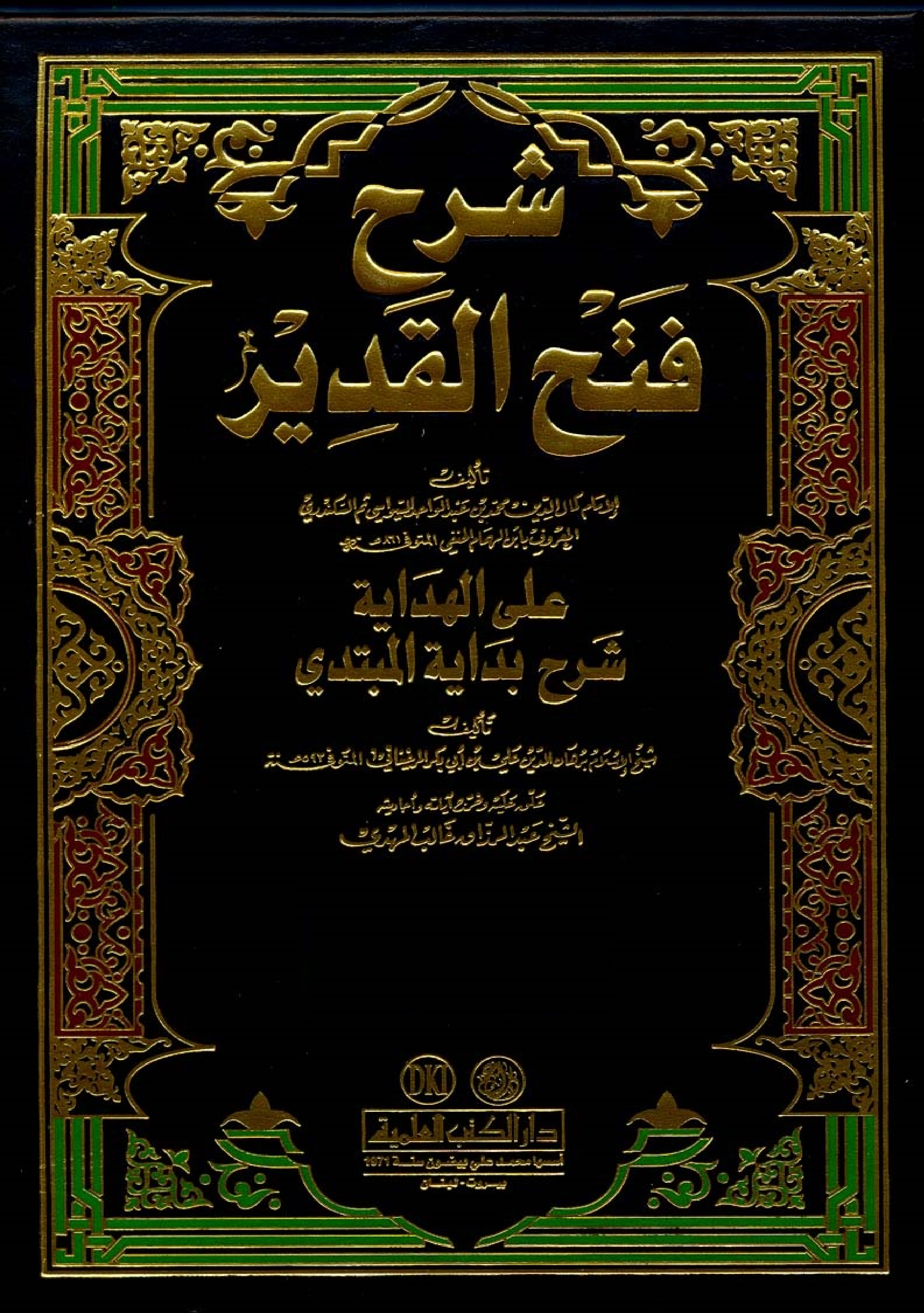


شرح
فتح القدير
تأليف
الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى ٨٦١ هـ
على الهداية
شرح بداية المبتدي
تأليف
شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ
علق عليه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي
DKI
دار الكتب العلمية
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971
بيروت - لبنان

نتائج الأفكار

في

كشف الرموز والأسرار

تأليف

شمس الدين أحمد بن قودر

المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي

وهي تكملة شرح فتح القدير

للإمام كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه

الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء الثامن

يحتوي على الكتب التالية:

الوكالة - الدعوى - الإقرار - الصلح - المضاربة

منشورات

محمد علي بيضون

لنشر كتب السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى

٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة(١)

لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع في بيان أحكام الوكالة، إما لمناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله تعالى: ﴿ثم الله شهيد على ما يفعلون﴾ [يونس: ٤٦]، وقوله تعالى حكاية: ﴿حسبنا الله ونعم الوكيل﴾ [آل عمران: ١٧٣]، وإما لأن كلاً منهما إيصال النفع إلى الغير بالإعانة في حقه، وإما لأن كلاً منهما يصلح سبباً لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات، كذا في النهاية. قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة: لأن الإنسان خلق مدنياً بالطبع يحتاج في معاشه إلى تعاضد وتعاوض، والشهادة من التعاضد والوكالة منه؛ وقد يكون فيها التعاوض أيضاً فصارت كالمركب من المفرد فآثر تأخيرها انتهى. وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضاً كما إذا كان وكيلاً بالبيع أو الشراء مثلاً انتهى. أقول: هذا سهو ظاهر، لأن التعاوض فيما ذكره من المثال إنما هو في متعلق الوكالة، أعني الموكل به، وهو البيع أو الشراء لا نفس الوكالة، والكلام فيها لا في الأول، وإلا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة أيضاً كما إذا شهد بالبيع أو الشراء مثلاً. والصواب أن مراد صاحب العناية هو أنه قد يكون في نفس الوكالة التعاوض. كما إذا أخذ الوكيل الأجرة لإقامة الوكالة فإنه غير ممنوع شرعاً، إذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل إقامتها فيجوز أخذ الأجرة فيها، بخلاف الشهادة فإنها فرض يجب على الشاهد أداؤها فلا يجوز فيها التعاوض أصلاً. ثم إن محاسن شرعية الوكالة ظاهرة، إذ فيها قضاء حوائج المحتاجين إلى مباشرة أفعال لا يقدرون عليها بأنفسهم؛ فإن الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة وأقوياء وضعفاء، وليس كل أحد يرضى أن يباشر الأعمال بنفسه، ولا كل أحد يهتدي إلى المعاملات، فمست الحاجة إلى شرعية الوكالة، فنبينا ﷺ باشر بعض الأمور بنفسه الكريمة تعليماً لسنة التواضع، وفوّض بعضها إلى غيره ترفيهاً لأصحاب المروءات. ثم إن هاهنا أموراً يحتاج إلى معرفتها تفسيراً للوكالة لغة وشرعاً، ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها. أما تفسيرها لغة: فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل، من وكله بكذا إذا فوّض إليه ذلك. والوكيل هو القائم بما فوض إليه، والجمع الوكلاء كأنه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر: أي مفوّض إليه. وأما شرعاً: فهي عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم. وأما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾ [الكهف: ١٩] لأن ذلك كان توكيلاً وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا

---

(١) (تنبيه) قد ابتدأ صاحب التكملة في شرحه بكتاب الوكالة وسبقه صاحب الفتح إلى شرح جملة من هذا الكتاب انتهى فيها إلى قول صاحب الهداية «والعقد الذي يعقد الوكلاء على ضربين الخ» فأثبتنا الكتابتين تكثيراً للفائدة ومحافظة على استيفاء التكملة، واكتفينا بما أسلفناه من عبارة الهداية والعناية عند كتابة الفتح عن إعادته هنا فليعلم، كتبه مصححه.

. . . .

تكير فكان شريعة لنا. والسنة هي ما روي «أن النبيّ ﷺ وكل حكيم بن حزام بشراء الأضحية وعروة البارقي[١] به أيضاً، ووكل عمر بن أم سلمة[٢] بالتزويج. والإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، وكذا المعقول يدل عليه على ما سيأتي في الكتاب. وأما سببها فتعلق البقاء المقدر بتعاطيها كما في سائر المعاملات. وأما ركنها: فالألفاظ التي تثبت بها الوكالة كلفظ وكلت وأشباهه. روى بشر بن غياث عن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذاك توكيل وأمر بالبيع. وأما شرطها: فأن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام كما سيأتي في الكتاب، وستعرفه مشروحاً. وأما صفتها: فهي أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه. وأما حكمها: فجواز مباشرة الوكيل ما فوّض إليه **(قال)** أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره **(كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره)** هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به لأحد، فلا يرد عليها أن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه، ولو وكل ذمياً بذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس على مانصوا عليه. والعجب هاهنا أن صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث أجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بأن العكس غير لازم وليس بمقصود. قال في شرح هذا المقام: هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى. فإن العكس إذا لم يكن لازماً ولا مقصوداً في الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به، وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه: الأول أن الوكيل جاز له أن يعقد بنفسه، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز. والثاني أن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه، ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز. والثالث أن الذمي يملك بيع الخمر بنفسه، ولا يجوز له أن يوكل المسلم ببيعها. وأجيب عن الأول بأن المراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن يكون مستبداً به والوكيل ليس كذلك. وعن الثاني بأن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطاً على ما عرف، وذاك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لأن الدراهم التي استقرضها الوكيل ملك المقرض والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. وردّ هذا بأنه مقرر للنقض لا دافع. ودفع بأنه من باب التخلف لمانع، وقيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم. ونقض بالتوكيل بالشراء فإنه جائز وما ذكرتم موجود فيه. وفرّق بأن محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل، وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه. وقيل هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل. ودفع بأن ذاك محل التوكيل بإيفاء الاستقراض، هذا نهاية ما في العناية. أقول: ولقائل أن يقول كما أن الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه في ملك الغير باطل فيلزم أن يكون الاستقراض بنفسه أيضاً باطلاً بناء على هذا، وليس كذلك. ثم أقول: يمكن أن يدفع ذلك بأن المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة. وأما المأمور بالاستقراض فإن تصرّف في عبارة نفسه بأن قال للمقرض مثلاً أقرضني عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر فله أن يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به، وإن تصرف في عبارة الآمر بأن قال مثلاً: إن فلاناً يستقرض منك عشر دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر، ولكن المأمور يصير في هذه الصورة رسولاً لا وكيلاً، والباطل هو الوكالة في الاستقراض دون الرسالة فيه، فإن الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل، فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل، فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه. وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الأمر باعتبار العبارة

---

(١) تقدم تخريجه في أول كتاب الوكالة. حديث عروة قوي وحديث حكيم: واحد.
(٢) تقدم في الوكالة بشرح ابن الهمام.

. . . .

كما نص عليه في الذخيرة. بقي هاهنا شيء وهو أن ما ذكر منقوض بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة، وسيأتي تمام بحثه إن شاء الله تعالى. وأجيب عن الثالث بأن الذمي كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها أيضاً، حتى أنه لو وكل ذمياً آخر ببيعها يجوز، وإنما لم يجز توكيل المسلم هاهنا لمعنى في المسلم، وهو أنه مأمور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك أمراً عارضاً في الوكيل، والعوارض لا تقدح في القواعد، حتى أن قائلاً لو قال: كل من تزوّج امرأة بنكاح صحيح حلّ له وطؤها لا يرد عليه الحائض والمحرمة، هذا زبدة ما في أكثر الشروح. وأجاب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال: والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه، وليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل وإن صح التوكيل، وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى. وقال بعض الفضلاء: هذا على تقدير صحته يكون جواباً عن النقض بالاستقراض أيضاً، إلا أنه لما كان مخالفاً لما سيجيء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب، ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضاً انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، أما أوّلاً فلأن ما ذكره صاحب العناية هاهنا لا يكاد يكون جواباً عن النقض بالاستقراض، لأن المانع هناك في نفس التوكيل وهو بطلان الأمر بالتصرف في ملك الغير، والمانع هاهنا على رأيه إنما هو في التوكل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فأين هذا من ذاك. وأما ثانياً فلأنه لا معنى لقوله ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح على ما ذكرناه من قبل وليس فيه شيء مناف لما سيجيء من المصنف رحمه الله من أن التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن، فلا وجه لدرج قوله المذكور في حيز جواب لما في قوله إلا أنه لما كان مخالفاً لما سيجيء من المصنف الخ. ثم قال ذلك القائل: بقي فيه بحث، إذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار، ثم ليت شعري ما معنى جوازه انتهى. أقول: هذا ساقط جداً، إذ لا يذهب على ذي مسكة أن الانكسار مطاوع الكسر فلا يتحقق أحدهما بدون الآخر، بخلاف التوكيل والتوكل، فإن التوكيل تفويض الأمر إلى الغير، والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به، ولا شك في جواز تحقق الأول بدون الثاني، ثم لا ينبغي أن يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعدّ، ألا يرى إلى صحة قولك خيرته فلم يختر، وصحة قولك نبهته فلم يتنبه وما أشبههما، فمن ذلك قولك وكلته فلم يتوكل فلا إشكال أصلاً. قال المصنف رحمه الله في تعليل جواز الوكالة فيما ذكره: **(لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال)** بأن كان مريضاً أو شيخاً فانياً أو رجلاً ذا وجاهة لا يتولى الأمور بنفسه **(فيحتاج إلى أن يوكل غيره)** فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص **(فيكون)** أي الإنسان **(بسبيل منه)** أي من التوكيل **(دفعاً لحاجته)** ونفياً للحرج. واعترض على هذا بأنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلاً. وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الأفراد. قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المزبور: ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام، وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع، وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى. أقول: وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع، فإنهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بأن الوكالة أبداً إما للعجز وإما للترفه، والظاهر أن ليس في صورة الترفه حاجة فتأمل **(وقد صح أن النبي ﷺ وكل بالشراء)** أي بشراء الأضحية **(حكيم بن حزام)** ويكنى أبا خالد. ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة أو باثنتي عشرة سنة على اختلاف الروايتين، أسلم يوم الفتح

. . . .

. . . .

وشهد مع رسول الله ﷺ مسلماً، وكان من وجوه قريش وأشرافها، وعاش في الجاهلية ستين سنة وفي الإسلام ستين سنة، ومات بالمدينة في خلافة معاوية رضي الله عنه سنة أربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة، كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم. وقال الكرخي في أول كتاب الوكالة في مختصره: حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال: حدثنا يعقوب الدورقي قال: حدثنا عبد الرحمن بن زيزي عن سفيان عن أبي حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام «أن النبيّ ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به أضحية، فاشترى له أضحية بدينار فباعها بدينارين، ثم اشترى أضحية بدينار فجاءه بدينار وأضحية، فتصدق النبي ﷺ بالدينار ودعا له بالبركة»[١] **(وبالتزويج عمر ابن أم سلمة)** أي وكله بتزويج أمه أم سلمة من النبي ﷺ[٢] كذا في الشروح. قال صاحب غاية البيان: ولنا في توكيل عمر ابن أم سلمة نظر لأن النبي ﷺ تزوج أم سلمة بعد وقعة بدر في سنة اثنتين، كذا قال أبو عبيدة معمر بن المثنى، وكان عمر ابن أبي سلمة يوم توفي رسول الله ﷺ ابن تسع سنين، قاله الواقدي. ويكون على هذا الحساب سنّ عمر ابن أم سلمة يوم تزوّج رسول الله ﷺ أمه سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله ﷺ وهو طفل لا يعقل؟ انتهى. وقد سبقه إلى هذا النظر ابن الجوزي حيث قال: في هذا الحديث نظر، لأن عمر ابن أم سلمة كان له من العمر يوم تزوّجها رسول الله ﷺ ثلاث سنين، وكيف يقال لمثل هذا زوّج. بيانه أنه عليه الصلاة والسلام تزوّجها في سنة أربع، ومات عليه الصلاة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى[٣]. وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح: قوله إنه عليه الصلاة والسلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وإن كان قد قاله الكلاباذي وغيره. وقال: قال ابن عبد البر: إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة. ويقوّي هذا ما أخرجه مسلم في صحيحه عن عمر ابن أم سلمة «أنه سأل رسول الله ﷺ عن القبلة للصائم فقال عليه الصلاة والسلام: سل هذه، فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك، فقال عمر رضي الله عنه: يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر، فقال ﷺ: «أما والله إني لأتقاكم لله تعالى وأخشاكم»[٤]. وظاهر هذا أنه كان كبيراً. وأقول: ظاهر قول المصنف رحمه الله وقد صح أن النبيّ ﷺ وكل الخ يدل على أن المراد به ذكر الدليل النقلي على قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره بعد أن ذكر دليلاً عقلياً عليه، فيتجه على ذلك أن توكيل النبيّ ﷺ في المادتين المخصوصتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية، فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلي الذي مبناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبيّ ﷺ لا إقامة دليل مستقل على دعوى الكلية السابقة، وكأنه عن هذا قال: وقد صح أن النبيّ ﷺ وكل الخ، ولم يقل ولأن النبيّ ﷺ وكل الخ **(قال)** أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره: **(وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق)** أي في جميعها **(لما قدمنا من الحاجة)** يشير إلى قوله لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره **(إذ ليس كل أحد يهتدي وجوه الخصومات)** تعليل لجريان ما قدمه هاهنا. قال صاحب غاية البيان: أما التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق فإنما جاز لما روينا قبل هذا أن النبيّ ﷺ وكل في الشراء[٥]، فإذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره، لأن كل عقد يجوز أن يتولاه الموكل بنفسه جاز أن يوكل غيره كالبيع، ولأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز أن يوكل غيره، وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى. أقول: تعليله الثاني الذي هو مراد المصنف رحمه الله بقوله لما قدمنا صحيح

---

(١) تقدم في أول كتاب الوكالة وإسناده واحد.

(٢) تقدم تخريجه في أوائل كتاب الوكالة، وهو حسن غريب.

(٣) تقدم في أوائل كتاب الوكالة، وذكره الزيلعي في نصب الراية.

(٤) أيضاً تقدم في أول كتاب الوكالة. رواه مسلم وغيره.

(٥) تقدم في الوكالة لابن الهمام، ومراده حديث عروة البارقي.

. . . .

لا ريب فيه، وأما تعليله الأول فغير صحيح لأن الكلام هاهنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود، وما ذكره في تعليله الأول إنما يتمشى في العقود دون الخصومات، ولذلك قال المصنف رحمه الله **(وقد صح أن عليا رضي الله تعالى عنه وكل عقيلاً)** أي وكله في الخصومات، وإنما كان يختار عقيلاً لأنه كان ذكياً حاضر الجواب، حتى حكي أنّ عليا رضيّ الله عنه استقبله يوماً ومعه عنز فقال عليّ رضيّ الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحمق، فقال عقيل: أما أنا وعنزي فعاقلان **(وبعد ما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر)** الطيار رضي الله تعالى عنه، إما لأنه وقر عقيلاً رضي الله عنه لكبر سنه، أو لأنه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان شاباً ذكياً، كذا في المبسوط. أخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال: كان عليّ رضي الله عنه يكره الخصومة، وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكلني. وأخرج عن عليّ رضي الله عنه أنه كان وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة. وقال الخصاف في أدب القاضي: حدثنا معاذ بن أسد الخراساني قال: حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحاق عن جهم بن أبي الجهم عن عبد الله بن جعفر أن علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول: إن لها قحماً تحضرها الشياطين، فجعل عليّ رضي الله عنه الخصومة إلى عقيل، فلما كبر ورقّ حوّلها إليّ، فكان عليّ رضي الله عنه يقول: ما قضي لوكيل فلي وما قضي على وكيلي فعليّ[1] انتهى. وقال الزمخشري في الفائق: إن علياً رضي الله عنه وكل أخاه عقيلاً بالخصومة، ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضي الله عنه، وكان لا يحضر الخصومة ويقول: إن لها لقحماً، وإن الشياطين تحضرها: أي مهالك وشدائد. وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه انتهى. وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة. وفيه دليل أيضاً على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه، وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لصنع عليّ رضي الله عنه. وقال بعض العلماء: الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين، وقد ورد الذم على ذلك، قال الله تعالى: ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون﴾ [النور: ٤٨]. ﴿إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا﴾ [النور: ٥١]. وجوابه أن تأويل الآية الرد من المنافق والإجابة من المؤمن اعتقاداً، كذا في شرح أدب القاضي. وذكر في غاية البيان **(وكذا بإيفائها واستيفائها)** أي وكذا تجوز الوكالة بإيفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة **(إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها)** أي باستيفاء الحدود والقصاص **(مع غيبة الموكل عن المجلس)** وأما الوكالة بإيفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقاً: أي مع غيبة الموكل ومع حضوره أمر بيّن، لأن إيفائها إنما يكون بتسليم النفس أو البدن لإقامة العقوبة الواجبة، وهذا لا يصح إلا من الجاني، إذ إقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح، فلذلك اكتفى المصنف رحمه الله بنفي صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل، وقال في تعليله **(لأنها)** أي الحدود والقصاص **(تندرىء بالشبهات)** فلا تستوفي بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال **(وشبهة العفو ثابتة حال غيبته)** أي غيبة الموكل، هذا الوجه مخصوص بالقصاص، إذ الحدود لا يعفى عنها، فالمراد أن في القصاص ثبوت شبهة أخرى حال غيبة الموكل وهي شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل **(بل هو الظاهر)** أي بل العفو هو الظاهر **(للندب الشرعي)** لقوله تعالى: ﴿وأن تعفو أقرب للتقوى﴾ [البقرة: ٢٣٧] وفي القصاص خلاف الشافعي رحمه الله فإنه يقول: هو خالص حق العبد فيستوفي بالتوكيل كسائر حقوقه دفعاً للضرر عن نفسه، ولكنا نقول: هذه عقوبة تندرىء بالشبهات، بخلاف سائر حقوقه فافترقا **(بخلاف غيبة الشاهد)**

---

(١) موقوف أخرجه البيهقي ٦/ ٨١ عن عبد الله بن جعفر وإسناده حسن.

. . . .

حيث يستوفي الحدود والقصاص عند غيبته **(لأن الظاهر عدم الرجوع)** يعني أن الشبهة في حق الشاهد هي الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع، إذ الصدق هو الأصل لا سيما في العدول فلم يعتبر مثل هاتيك الشبهة. أقول: يرد عليه أن الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود في ظاهر الرواية كما مر في كتاب الحدود، ويقتضي ذلك اعتبار شبهة الرجوع في حق الشهود هناك، اللهم إلا أن يقال: عدم استيفاء الحد إذ ذاك لفوات الشرط وهو بداءة الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتأمل **(وبخلاف حالة الحضرة)** أي حضرة الموكل في المجلس حيث يستوفي ذلك عندها **(لانتفاء هذه الشبهة)** أي شبهة العفو، فإن العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا شبهة. أقول: لقائل أن يقول إن انتفاء الشبهة المعينة لا يقتضي انتفاء الشبهة مطلقاً، والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على أن شبهة العفو مخصوصة بالقصاص، فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة في استيفاء الحدود أصلاً. ولما استشعر أن يقال إذا كان الموكل حاضراً لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء رأساً إذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله **(وليس كل أحد يحسن الاستيفاء)** إما لقلة هدايته، أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك **(فلو منع عنه)** أي عن التوكيل بالاستيفاء **(ينسد باب الاستيفاء أصلاً)** أي ينسد بابه بالنسبة إليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحساناً لئلا ينسد بابه. قال المصنف رحمه الله **(وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله)** وقال جمهور الشراح في تفسير كلام المصنف: هذا أي جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص قول أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا في توجيه تفسيرهم إياه بهذا المعنى: لأنه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق: أي جميعها وبإيفائها واستيفائها، واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال: هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا الذي ارتكبوه في حل كلام المصنف رحمه الله هاهنا تكلف بارد وتعسف شارد، حيث جعلوا البعض الغير المعيّن في الكلام السابق بل الداخل في مجرد كليته مشاراً إليه بلفظ هذا الذي يشار به إلى المحسوس المشاهد، أو إلى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد. ثم إن هاهنا لمندوحة عن ذلك بحمل كلام المصنف رحمه الله على معنى ظاهر منه، وهو أن هذا الذي ذكرناه صريحاً فيما مر آنفاً من قولنا وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق قول أبي حنيفة رحمه الله **(وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً)** أي قال أبو يوسف رحمه الله: لا تجوز الوكالة بالخصومة في بعض من تلك الحقوق وهو إثبات الحدود والقصاص أيضاً: أي كما لا تجوز الوكالة بإيفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق. **(وقول محمد مع أبي حنيفة رحمهما الله تعالى، وقيل مع أبي يوسف رحمه الله)** يعني أن قول محمد مضطرب يذكر تارة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف، ولكن الظاهر من تحرير المصنف ترجيح الأول كما لا يخفى على الفطن. قال في الكافي بعد قوله وقول محمد مضطرب: والأظهر أنه مع أبي حنيفة **(وقيل هذا الاختلاف)** بين أبي حنيفة وأبي يوسف **(في غيبته)** أي غيبة الموكل **(دون حضرته)** أي هو جائز في حضرته بالاتفاق **(لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره)** فصار كأنه متكلم بنفسه. **(له)** أي لأبي يوسف رحمه الله تعالى **(أن التوكيل إنابة)** والإنابة فيها شبهة لا محالة **(وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب)** أي في باب الحدود والقصاص لأنه مما يندرىء بالشبهات **(كما في الشهادة على الشهادة)** أي كالشبهة التي في الشهادة على الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق، كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي إلى القاضي **(وكما في الاستيفاء)** أي وكالشبهة التي في التوكيل باستيفاء

. . . .

. . . .

الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فإنها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق (**ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض**) أي لاحظ لها في الوجوب ولا في الظهور (**لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة**) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه (**فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق**) أي باقيها لقيام المقتضي وانتفاء المانع. لا يقال: المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر. لأنا نقول: الشبهة في الشرط لا تصلح للمنع، إذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور، بخلاف الاستيفاء فإنه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنها يتعلق بها الظهور (**وعلى هذا خلاف**) المذكور (**التوكيل بالجواب من جانب من عليه**) أي من جهة من عليه (**الحد**) أو القصاص، فأجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب. قال المصنف (**وكلام أبي حنيفة فيه**) أي في التوكيل بالجواب (**أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع**) يعني أن التوكيل بالجواب إنما يكون للدفع، ودفع الحدود والقصاص يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال، فالشبهة التي ذكرت في دليل أبي يوسف رحمه الله على تقدير كونها معتبرة لا تمنع هاهنا (**غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه**) أي على موكله: يعني لو أقرّ الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص على موكله لم يقبل إقراره استحساناً (**لما فيه**) أي لما في إقراره (**من الشبهة عدم الأمر به**) فلم يعتبر فيما يندرىء بالشبهات. والقياس أن يقبل إقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في الإقرار بسائر الحقوق. ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رحمه الله. وتوضيحه أنا حملنا التوكيل بالخصومة على الجواب، لأن جواب الخصم من الخصومة، ولكن هذا نوع من المجاز، فأما في الحقيقة فالإقرار ضد الخصومة، والمجاز وإن اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة معتبرة فيما يندرىء بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات. كذا في المبسوط، وذكر في كثير من الشروح. واعلم أن جواز التوكيل بإثبات الحدود عند من جوّزه إنما هو في حد القذف وحد السرقة. وأما التوكيل بإثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقاً لأنه لا حق فيهما لأحد من العباد، وإنما تقام البينة على وجه الحسبة، فإذا كان أجنبياً عنه لا يصح توكيله به، نص عليه في الكافي والتبيين (**وقال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة**) سواء كان التوكيل من قبل الطالب أو من قبل المطلوب (**بغير رضا الخصم**) ويستوي فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب، كذا في الشروح والفتاوى (**إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً**) يعني إلا أن يكون الموكل معذوراً بعذر المرض أو السفر فحينئذ يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم عنده أيضاً (**وقالا**) أي أبو يوسف ومحمد (**يجوز التوكيل بغير رضا الخصم**) أي يجوز ذلك عندهما في جميع الأحوال سواء رضي الخصم أم لا، وسواء كان الموكل معذوراً أم لا، وكان أبو يوسف يقول: أو لا يقبل ذلك من النساء دون الرجال، ثم رجع عن ذلك وقال: يقبل من النساء والرجال جميعاً (**وهو قول الشافعي رحمه الله**) أيضاً، وفي الخلاصة: والفقيه أبو الليث يفتي بقولهما. وفي فتاوى قاضيخان. وبه أخذ أبو القاسم الصفار. وقال: شمس الأئمة السرخسي: الصحيح عندي أن القاضي إذا علم بالمدعي التعنت في إباء الوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت إليه، وإن علم من الموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي ليشتغل الوكيل بالحيل والأباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل. وذكر شمس الأئمة الحلواني أن ذلك يفوض إلى رأي القاضي، وهذا قريب من الأول انتهى. قال المصنف رحمه الله (**ولا خلاف في الجواز**) أي لا خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه والشافعي رحمهم الله في الجواز، حتى إذا وكل فرضي الخصم لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل إلى تجديد وكالة (**إنما الخلاف في**

. . . .

. . . .

اللزوم) معناه إذا وكل من غير رضا الخصم هل يرتد برده أم لا؟ عنده خلافاً لهم، فعلى هذا التأويل يكون معنى قول القدوري. قال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم: أي لا يلزم ذكر الجواز، وأراد اللزوم لأن الجواز من لوازم اللزوم فيجوز ذكر اللازم وإرادة الملزوم، كذا في الشروح. وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريراً وإيراداً حيث قال: فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم مجازاً لقوله ولا يلزم ذكر الجواز، وأراد اللزوم فإن الجواز لازم اللزوم فيكون من ذكر اللازم وإرادة الملزوم، وقال: فيه نظر، لأنا لا نسلم أن الجواز لازم اللزوم عرف ذلك في أصول الفقه. سلمنا لكن ذلك ليس بمجاز انتهى. أقول: الظاهر أن مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازاً بأن ما ذكره ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ما ذهب إليه الكاكي من أن الانتقال في المجاز من الملزوم إلى اللازم، وفي الكناية من اللازم إلى الملزوم لكنه ليس بشيء. أما أولاً فلأن لفظ المجاز لم يذكر في تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التأويل المذكور فإنه يصح سواء كان بطريق المجاز أو بطريق الكناية فكان مدار ردّه المزبور على لفظ زاده من عند نفسه في بيان التأويل المذكور. وأما ثانياً فلأنهم حققوا أن الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم إلى اللازم. وردوا ما ذهب إليه الكاكي بأن اللازم ما لم يكن ملزوماً لم ينتقل منه إلى الملزوم، وجعلوا العمدة في الفرق بينهما جواز إرادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها، فحينئذ يجوز أن يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازاً عن معنى يلزم بلا محذور أصلاً. ثم قال صاحب العناية: والحق أن قوله لا يجوز له التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم، بل إن رضي به الخصم صح وإلا فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه بجعله مجازاً انتهى. أقول: لا يخفى على الفطن أن هذا كلام خال عن التحصيل، لأنه إن أراد بقوله إن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم أن معنى الأول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه، وليس كذلك إذ لا شك أن معنى الجواز من حيث الحقيقة يغاير معنى اللزوم، فنفي الأول يغاير نفي الثاني قطعاً، وإن أراد بذلك أن الثاني هو المراد من الأول مجازاً أو كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز، فإن المتبادر من الألفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر إلى ذهن الناظر في مسألتنا هذه أن يكون الخلاف المذكور في نفس الجواز، فدفع المصنف ذلك بقوله ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم فهذا الكلام لا غبار عليه. ثم اعلم أن المصنف رحمه الله ليس بأوّل من حمل الخلاف المذكور على اللزوم، بل سبقه إلى ذلك كثير من المشايخ منهم الإمام شمس الأئمة السرخسي حيث قال في شرح أدب القاضي: إن التوكيل عند أبي حنيفة بغير رضا الخصم صحيح، ولكن للخصم أن يطالب الموكل بأن يحضر بنفسه ويجيب، ومنهم الإمام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف: التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازماً. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: يقع لازماً. وذكر في المحيط البرهاني أن رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند أبي يوسف ومحمد. وقد اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة. بعضهم قالوا: رضا الخصم عنده ليس بشرط صحة التوكيل بل هو شرط لزومه، وقال بعضهم: لا بل رضا الخصم عنده شرط صحة التوكيل، وإنما اختلفوا باختلاف ألفاظ الكتاب. ذكر في شفعة الأصل أن التوكيل بغير رضا الخصم باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله، وذكر في وكالة الأصل: لا يقبل التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة. والصحيح أن التوكيل عنده صحيح غير

. . . .

. . . .

لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور. والجواب لخصومة الوكيل إلا أن يكون الموكل مريضاً مرضاً لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم، أو غائباً مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى. وهكذا ذكر في الذخيرة أيضاً **(لهما)** أي لأبي يوسف ومحمد **(أن التوكيل تصرف في خالص حقه)** أي في خالص حق الموكل، وهذا لأنه إما أن يوكله بالخصومة أو بالجواب وكلاهما من خالص حقه. أما الخصومة فلأنها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها. وأما الجواب فلأنه إما إنكار أو إقرار، وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه، وإذا كان كذلك **(فلا يتوقف على رضا غيره)** فصار **(كالتوكيل بتقاضي الديون)** وقبضها وإيفائها **(وله)** أي لأبي حنيفة رحمه الله **(أن الجواب مستحق على الخصم)** يعني أن الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه **(ولهذا يستحضره)** أي يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل أن يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه، وغاية ما في الباب أن يكون التوكيل تصرفاً في خالص حق الموكل، لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعدّ إلى الإضرار بالغير **(و)** هاهنا ليس كذلك، إذ لا شك أن **(الناس متفاوتون في الخصومة)** أي من جهة الدعوى والإثبات، ومن جهة الدفع والجواب. فربّ إنسان يصورّ الباطل في صورة الحق، وربّ إنسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه، وقد دل قوله عليه الصلاة والسلام «إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بشي من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من نار»[1] ذكره في أدب القاضي والأسرار، ومعلول أنه لا يوكل عادة إلا من هو ألدّ وأشد في الخصومات ليغلب على الخصم **(فلو قلنا بلزومه)** أي بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم **(يتضرر به)** أي يتضرر الخصم به **(فيتوقف على رضاه)** فصار **(كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما)** أي أحد الشريكين **(بتخير الآخر)** أي يتخير الشريك الآخر بين إمضاء الكتابة وفسخها، فكان تصرف أحدهما متوقف على رضا الآخر، وإن كان تصرفاً في خالص حقه لمكان ضرر شريكه. قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله: ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضي يقطعه عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه، والناس يتفاوتون في هذا الجواب، فربّ إنكار يكون أشد دفعاً للمدعي من إنكار. والظاهر أن الموكل إنما يطلب من الوكيل ذلك الأشد، فإن الناس إنما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل والأباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه إضرار بالخصم، وأكثر ما في هذا الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه، ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه انتهى كلامه. وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية أيضاً. أقول: فيه نظر، لأن أصل هذه المسألة عام لصورة التوكيل من جانب المدعي، ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما أفصح عنه الشراح قاطبة في صدر المسألة وصرح به في عامة كتب الفتاوى أيضاً. وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذي ذكره هؤلا الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيراً منهم لتحمله التقرير بوجه يعم الصورتين معاً كما ذكرناه في شرحنا. وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام: ولأبي حنيفة رحمه الله أنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه، فإن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي، والمستحق للغير لا يكون خالصاً له. سلمنا

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٢٦٨٠، ٧١٦٩، ٢٤٥٨، ٧١٨١، ٧١٨٥ ومسلم ١٧١٣ والترمذي ١٣٣٩ والنسائي ٨/ ٢٣٣ وابن ماجة ٢٣١٧ وابن الجارود ١٠٠٠ والبغوي ٢٥٠٦ والطحاوي ٤/ ١٥٤ وفي «المشكل» ١/ ٣٢٩، ٣٣٠ والدارقطني ٤/ ٢٣٩ وابن حبان ٥٠٧٠ وأبو يعلى ٦٨٨٠ والبيهقي ١٠/ ١٤٣، ١٤٩، ١٥٠ وأحمد ٦/ ٣٢٠ ومالك ٢/ ٧١٩ كلهم من حديث أم سلمة. وورد من حديث أبي هريرة أيضاً أخرجه ابن ماجة ٨/ ٢٣ وابن أبي شيبة ٧/ ٢٣٤، ٢٣٥، وأحمد ٢/ ٣٣٢ وابن حبان ٥٠٧١. وورد من طريق آخر من حديث أم سلمة أيضاً. أخرجه البخاري ٦٩٦٧ وأبو داود ٣٥٨٣ والطبراني في الكبير ٢٣/ ٧٩٨ وابن حبان ٥٠٧٢ والبيهقي ١٠/ ١٤٩ وصدر الحديث: «إنما أنا بشر...».

. . . .

خلوصه له لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره، وهاهنا ليس كذلك لأن الناس يتفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى. أقول: فيه أيضاً نظر، لأنه جعل ما ذكر في الكتاب من قبل أبي حنيفة دليلين: أحدهما معنى لما قالاه، والآخر تسليمي له، فيرد حينئذ على الدليل الأول ما يرد على التقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصاً بإحدى صورتي المسألة العامة المدّعاة تأمل تقف. فالوجه أن يجعل المجموع دليلاً واحداً ويقرر بوجه يعم الصورتين معاً كما فعلناه في شرحنا، لكن الإنصاف أن تأثير المقدمة القائلة إن الجواب مستحق على الخصم إنما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتأمل (**بخلاف المريض والمسافر**) متصل بقوله إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً، والمراد بيان وجه مخالفة المستثني للمستثنى منه وذلك (**لأن الجواب غير مستحق**) أي غير واجب (**عليهما**) أي على المريض والمسافر (**هنالك**) أي فيما إذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة، فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص، قال الله تعالى ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] أقول: هاهنا شيء، وهو أن ما ذكره المصنف من الفرق إنما ينفذ في صورة إن كان التوكيل من جانب المدعى عليه، وأما في صورة إن كان من جانب المدعي فلا، لأن الجواب غير مستحق على المدعي سواء كان صحيحاً مقيماً أو مريضاً مسافراً، فإن الجواب إنما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لا يجبر عليها، مع أن المسألة عامة للصورتين معاً كما تحققته، فكان ينبغي أن يزاد عليه أن يقال: إن توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وآفات التأخير أشدّ من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيتحمل الأدنى دون الأعلى. وفي فتاوى قاضيخان: وأجمعوا على أن الموكل لو كان غائباً أدنى مدة السفر أو كان مريضاً في المصر لا يقدر أن يمشي على قدميه إلى باب القاضي كان له أن يوكل مدعياً كان أو مدعى عليه، وإن كان لا يستطيع أن يمشي على قدميه ولكنه يستطيع أن يمشي على ظهر دابة أو ظهر إنسان، فإن ازداد مرضه بذلك صح التوكيل، وإن كان لا يزداد اختلفوا فيه، قال بعضهم: هو على الخلاف أيضاً، وقال بعضهم: له أن يوكل وهو الصحيح انتهى (**ثم كما يلزم التوكيل عنده**) أي عند أبي حنيفة (**من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة**) إذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه. وفي فتاوى قاضيخان: وكما يجوز للمسافر أدنى مدة السفر أن يوكل بغير رضا الخصم يجوز لمن أراد أن يخرج إلى السفر لكن لا يصدّق أنه يريد السفر، ولكن القاضي ينظر إلى زيّه وعدة سفره أو يسأل عمن يريد أن يخرج معه فيسأل عن رفقائه كما في فسخ الإجارة انتهى (**ولو كانت المرأة مخدرة**) اختلفت عبارات المشايخ في تفسير المخدرة؛ فقال بعضهم: هي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور المجلس القاضي. وقال الإمام البزدوي: هي التي لا يراها غير المحارم، وأما التي جلست على المنصة فرآها الأجانب لا تكون مخدرة، فاختار المصنف التفسير الأول حيث قال (**لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم**) فإن هذا صفة كاشفة لمخدرة جارية مجرى التفسير لها (**قال الرازي**) أراد به الإمام أبا بكر الجصاص أحمد بن علي الرازي صاحب التصانيف الكثيرة في الأصول والفروع وأحكام القرآن، وإليه انتهت رياسة أصحاب أبي حنيفة ببغداد بعد الشيخ أبي الحسن الكرخي، وكانت ولادته سنة خمس وثلاثمائة ومات سنة سبعين وثلاثمائة (**يلزم التوكيل**) أي يلزم التوكيل منها بلا رضا الخصم وبدون عذر المرض والسفر (**لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها**) دفعاً للحرج، فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث إليها الحاكم ثلاثة

. . . .

....

من العدول يستحلفها أحدهما ويشهد الآخران على حلفها، وكذا في المريضة إذا وجب عليها يمين لأن النيابة لا تجري في الأيمان، هكذا ذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي، وذكر فيه وإن كان يبعث إلى المخدرة والمريضة أو إلى المريض خليفة فيفصل الخصومة هنالك يجوز، لأن مجلس الخليفة كمجلسه كذا في معراج الدراية وغيره. **(قال رضي الله عنه)** أي قال المصنف **(وهذا)** أي ما قاله الرازي **(شيء استحسنه المتأخرون)** وفي فتاوى قاضيخان: ويجوز للمرأة المخدرة أن توكل وهي التي لم تخالط الرجال بكراً كانت أو ثيباً، كذا ذكره أبو بكر الرازي. وقال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده: ظاهر المذهب عن أبي حنيفة أنها على الاختلاف أيضاً، وعامة المشايخ أخذوا بما ذكره أبو بكر الرازي وعليه الفتوى انتهى. **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف)** قيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد، فأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلاً بما يملكه الوكيل، فأما كون الموكل مالكاً للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد. وقيل المراد به أن يكون مالكاً للتصرف نظراً إلى أصل التصرف وإن امتنع لعارض، وبيع الخمر يجوز للمسلم في الأصل، وإنما امتنع بعارض النهي، كذا في الكافي والكفاية والتبيين. قال صاحب النهاية في تفسير قوله ممن يملك التصرف: أي ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به، وقال: قد ذكرنا في أوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة أن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد. وأما على قول أبي حنيفة فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلاً بما يملكه الوكيل، فأما كون الموكل مالكاً لذلك التصرف الذي وكل الوكيل به فليس بشرط، ثم قال: فإن قلت: يشكل على ما ذكرناه في الكتاب ما ذكره في الذخيرة بقوله وإذا قال الرجل لغيره خذ عبدي هذا وبعه بعبد أو قال اشتر لي به عبداً صح التوكيل بهذا، وإن لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف، فإن من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد أو قال اشتريت منك بهذا العبد عبداً لا يجوز. قلت: إنما جاز ذلك في التوكيل بهذا ولم يجز في مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو أن الجهالة إنما تمنع عن الجواز لإفضائها إلى المنازعة، وأما إذا لم تؤد إليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام أو شرائه ثم جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي إلى المنازعة لأن التوكيل ليس بأمر لازم، ولا كذلك المباشرة لأنها لازمة فتفضي إلى المنازعة، والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه. أقول: في جوابه بحث لأن الفارق المذكور فيه إنما أفاد كمية صحة التوكيل في مسألة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه في مثلها، وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لأن حاصله أن ما ذكر في الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق في مسألة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها. والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى. وقال صاحب العناية: قال صاحب النهاية: إن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد. وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر، ولو وكل به جاز عنده، ومنشأ هذا التوهم أنه جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد: أي لا يملك التصرف الذي وكل به، وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل، وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل إن يكون الموكل يملك التصرف فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف، وأجاب حيث قال: لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف. والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم إدخال «من» في من يملك

....

. . . .

انتهى. أقول: ليس الأمر كما زعمه، فإنا لا نسلم أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد؛ ألا يرى إلى الحقوق المشتركة مالاً كانت أو غيره، فإن كل واحد من أصحابها يملك التصرف فيها تصرفاً مخصوصاً، وإن وصل مبلغهم في التعدد إلى الألف، مثلاً إذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك أن كل واحد منهم يملك التصرف فيها بسكنى أو غيره. ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة إدخال «من» حينئذ في من يملك، فإن ذلك إنما يتوهم لو كانت كلمة من هاهنا للتبعيض، وأما إذا كانت للتبيين كما هو الظاهر في المقام فيستقيم جداً كما لا يخفى. ثم إن ما ذكره كله مبني على فهم أن يكون مراد صاحب العناية بكلمة من في قوله فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخل على الاسم الموصول. والظاهر أن مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف في قوله حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف، إذ لو كان مدار كلامه زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل أن يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فقط، فوجه الأنسبية حينئذ أن الاسم المذكور من مبهمات المعارف على ما عرف في النحو ومن ألفاظ العام على ما عرف في الأصول، فيكون المراد به جنس المالك لا الفرد المعين منه، ولا شك أن الذي يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود، ثم قال ذلك البعض إن الأنسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى. أقول: هذا أيضاً ليس بسديد، فإن قوله ويقصده وإن لم يكن مقروناً بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكماً فإنه معطوف على ما هو في حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد في قوله ممن يعقل العقد. ولا شك أن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله على ما تقرر في علم الأدب، فقد حصلت الأنسبية المذكورة هناك أيضاً. ثم إن حمل التصرف في قول القدوري ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذي وكل به مما سبق إليه صاحب غاية البيان حيث قال: قيل لا يستقيم هذا الشرط إلا على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لأنه لو كان شرط الوكالة أن يكون الموكل مالكاً للتصرف على مذهب أبي حنيفة لم يجز أن يوكل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها، وهو جائز على مذهب أبي حنيفة مع أن المسلم لا يملك التصرف بنفسه، فعلم أنه ليس بشرط على مذهبه، بل الشرط عنده أن يكون الوكيل مالكاً لذلك التصرف الذي وكل به. ثم قال: قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل، وإنما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لأنه لا يدرك كنه كلام القدوري، إذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل. فالأول أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الأحكام. والثاني: أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده، ومعنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولاية شرعاً في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون بالغاً عاقلاً على وجه يلزمه حكم التصرف، وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعاً وشراء، لأن المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعاً في جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته. والشرط الآخر وهو أن يعقل العقد ويقصده حاصل في الوكيل أيضاً وهو الذمي لأنه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده، فصح الشرط إذن على مذهب الكل، والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، إلى هنا كلامه. وردّ عليه الشارح ابن الهمام حيث قال: قيل إنما يستقيم الشرط الأول على قولهما أما على قوله فلا، لأنه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه. وأجاب بعضهم بأن المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون عاقلاً بالغاً، وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها، ثم حمد الله على ما هداه لذلك، وهو خطأ

. . . .

....

إذ يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح، بل إذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع انتهى كلامه. أقول: ما ذهب إليه صاحب الغاية هاهنا ليس بمثابة أن يقال له هو خطأ بمجرد ما ذكره ابن الهمام، فإن الذي يهمه في توجيه المقام هو قوله المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأهلية نفسه، وهذا لا يقتضي أن لا يصح توكيل الصبي المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبي المأذون على مذهبنا في فصله. وأما قوله بأن يكون بالغاً عاقلاً ففضلة من التوجيه ذكره لبيان أن المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبي المحجوز. وأما الصبي المأذون فكونه بمنزلة البالغ في عامة التصرفات معلوم في محله فهو في حكم المستثنى، وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطاً فيه وقصدوا به الاحتراز عن الصبي والمجنون لم يستثنوا الصبيّ المأذون عنه صراحةً **(ويلزمه الأحكام)** قيل هذا احتراز عن الوكيل فإن الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك، لأن الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره. وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين؛ فإنهما لو اشتريا شيئاً لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما، كذا في أكثر الشروح. قال صاحب غاية البيان للقول الثاني: وهذا هو الأصح من الأول ولم يبين وجهه. وقال صاحب العناية: قوله ويلزمه الأحكام يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الأحكام. فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لأنه لم تلزمه الأحكام، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان. والثاني: احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطاً واحداً، وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه أحكام ذلك التصرف. فإن قلت: إذا جعلتهما شرطاً واحداً لزمك الوكيل فإنه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الأحكام ولا يجوز توكيله قلت: غلط لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه **(لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل)** تعليل لاشتراط ما شرطت الوكالة به: يعني أن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائباً عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال **(فلا بد أن يكون الموكل مالكاً)** أي للتصرف **(ليملكه من غيره)**. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه، والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر، والأول ممنوع فإنه يملكه بأهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح. والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الموكل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة، وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه، ولا ينافيه أيضاً لجواز ثبوت شيء بأمرين على البدل انتهى. أقول: في جوابه نظر، لأن كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكاً لجنس التصرف من جهة الموكل إنما يتوهم في التوكيل بتصرف لا بعينه بأن قال اصنع ما شئت أو اعمل برأيك، وأما في التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذمياً ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعاً، إذ لا شك أن الوكيل هناك إنما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذي وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقاً وإلا لصح له أن يتصرف هناك بتصرف آخر، كأن يهب الخمر التي وكل ببيعها لذمي أو يشتري بها منه شيئاً أو نحو ذلك من جنس التصرفات، وليس كذلك قطعاً. والحق عندي في الجواب أن يختار الشق الثاني وهو أن الوكيل يملك التصرف الذي وكل به من جهة الموكل. ويدفع النقض المذكور بحمل ما في الكتاب على قول أبي يوسف ومحمد أو بناء ذلك على الأصل فإن بيع الخمر جائز للمسلم في الأصل، وإنما امتنع

....

بعارض النهي، وقد ذكرنا كلا الوجهين في صدر الكلام نقلاً عن الكتب المعتبرة **(ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد)** بأن يعرف مثلاً أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش، كذا ذكره في مأذون الذخيرة وفي أكثر المعتبرات، وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون **(ويقصده)** أي يقصد العقد، والمراد أن لا يكون هازلاً فيه، كذا رأي جمهور الشراح. وردّ عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم: أيّ ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلاً في البيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى. أقول: يخرج الجواب عنه مما ذكره الشارح تاج الشريعة هاهنا حيث قال: القصد شرط في وقوع العقد عن الآمر، حتى لو تصرف هازلاً لا يقع عنه انتهى فتأمل. وإنما اشترط ذلك في الوكيل **(لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة)** وأهلية العبارة لا تكون إلا بالعقل والتمييز لأن كلام غير المميز كألحان الطيور **(حتى لو كان)** أي الوكيل **(صبياً لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل باطلاً)** إذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم. قال صاحب العناية: وهذا يشير إلى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل، لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط، وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح، ومعرفة ما زاد على «ده نيم» في المتاع و «ده يازده في الحيوان» و «ده دوازده» في العقار، أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه. انتهى. أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد أن معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت أحد التفسيرين المذكورين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع، إذ لا شك أن من لا يمارس العلم أصلاً فضلاً عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم أن ما زاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين أو ما زاد على «ده نيم» في المتاع و «ده يازده» في الحيوان، و «ده دوازده» في العقار غبن فاحش، وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال أكثر أهل السوق. وإن أراد أن معرفة عبارات أهل الشرع في الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم، لكن لا يجدي ذلك شيئاً، إذ لا يخفى أن المراد بما ذكر في الكتاب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الأول دون الثاني **(وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز)** هذا لفظ القدوري في مختصره، وكان ينبغي أن يقيد بالعاقل أيضاً لأن المجنون إذا وكل غيره لا يجوز، وكأنه إنما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لأن غالب أحوال الإنسان أن يكون عاقلاً، أو بناء على أن اشتراط العقل مما يعرفه كل أحد، وإنما أطلق المأذون ليشمل العبد والصبيّ المأذونين، فإن توكيل كل واحد منهما غيره جائز كسائر تصرفاتهما. ثم إن هذا غير منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية، بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون؛ ألا يرى أن التعليل بقوله **(لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة)** يشمل الأوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية، وعن هذا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: ولو قال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحرّ البالغ مثله أو المأذون، وتوكيل المأذون مثله أو الحر البالغ انتهى. وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام في هذا المقام حيث قال: ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الأولى. أقول: لا يذهب عليك أنه لا يجدي كثير طائل، إذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلاً للكلام، على أن قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة إذ لا أحد فوق الحرّ البالغ **(وإن وكل)** أي الحر البالغ أو المأذون **(صبياً محجوراً يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً عليه جاز)** خلافاً للشافعي رحمه الله **(ولا يتعلق**

قال: (**والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين: كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل**). وقال الشافعي رحمه الله: تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل، فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم

بهما الحقوق) أي حقوق ما باشراه من العقد كالقاضي وأمينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه (**وتتعلق بموكلهما**) وإنما جاز توكيلهما عندنا لانتفاء ما يمنعه، أما من جانب الموكل فظاهر، وأما من جانب الوكيل فلما ذكره بقوله (**لأن الصبيّ من أهل العبارة؛ ألا يرى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له**) أي للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص (**وإنما لا يملكه**) أي التصرف (**في حق المولى**) دفعاً للضرر عنه (**والتوكيل ليس تصرفاً في حقه**) أي في حق المولى لأن صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على أصل الحرية في حق صحة العبارة، فإن صحتها بكونه آدمياً (**إلا أنه لا يصح منهما**) أي من الصبيّ والعبد المحجور (**التزام العهدة، أما الصبي لقصور أهليته**) أي أما الصبيّ المحجور عليه فلقصور أهليته بعدم البلوغ (**والعبد لحق سيده**) أي وأما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في ماليته، فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى، وإذا كان كذلك (**فتلزم**) أي العهدة (**الموكل**) لأنه أقرب الناس إليهما حيث انتفع بتصرفهما. ويفهم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق، وأن الصبيّ إذا بلغ لم يلزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزماً في حق نفسه في ذلك الوقت فلم تلزمه بعد البلوغ أيضاً. والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر صريحاً في المبسوط وشرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان. ثم إن في تقييد الصبيّ والعبد بقوله محجوراً عليه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الذخيرة. وهو أن الصبيّ المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً وإذا وكل بالشراء؛ فإن وكل بالشراء بثمن مؤجل لم تلزمه العهدة قياساً واستحساناً بل تكون العهدة على الآمر حتى أن البائع يطالب الآمر بالثمن لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن، لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري، وهذا ليس كذلك إنما هذا التزام ما لا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة، والصبيّ المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة. وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة. وفي الاستحسان يلزمه لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل، كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبيّ المأذون من أهل ذلك، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً لأنه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لأنه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى. والجواب في العبد المأذون إذا وكل بالبيع أو الشراء على هذا التفصيل. ثم اعلم أن الصبيّ والعبد المحجورين وإن لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب من بعد في فصل الشراء في التوكيل بعقد السلم حيث قال: والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو

قال: (**والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين الخ**) العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين: ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل، وآخر بالموكل. فضابطة الأول كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل. وقال الشافعي: تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف، وحكم التصرف هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه، واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح (**ولنا أن الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكماً**) أما حقيقة فلأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه

قوله: (**العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين**) أقول: الظاهر أن القسمة إلى الضربين باعتبار الإضافة إلى نفسه، وإلى الموكل لا باعتبار تعلق الحقوق بل هو حكم القسم، وإنما سلك المصنف هذه الطريقة قصراً للمسافة حيث بين القسم ضمناً وحكمه صريحاً بكلام واحد فليتأمل، ثم لما كان الحكم مقصوداً ذكره صريحاً.

بالكلام، وصحة عبارته لكونه آدمياً وكذا حكماً لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو كان سفيراً عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول، وإذا كان كذلك كان أصيلاً في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب **(يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى، ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه)** لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه، اعتباراً للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال العبد الضعيف:

الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى. **(وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو عبد محجور)** وفي بعض النسخ: أو مجنون، فقيل المراد به من يجنّ ويفيق، وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام مجنون. قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين: وفي الكافي للعلامة النسفي: ثم علم أنه صبي محجور أو عبد محجور فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف انتهى **(له خيار الفسخ)** أي للمشتري خيار الفسخ في هذه الصورة **(لأنه)** أي لأن المشتري **(دخل في العقد على)** ظن **(أن حقوقه تتعلق بالعاقد)** يعني أن المشتري ما رضي بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد **(فإذا ظهر خلافه يتخير)** لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه، فصار **(كما إذا عثر)** أي اطلع **(على عيب)** أي على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا. وفي ظاهر الرواية لا خيار للمشتري ولا للبائع ذكره تاج الشريعة **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين)**. وقال في بعض نسخه: والعقد الذي يعقده الوكلاء: أي جنس العقد كذا في غاية البيان **(كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه)** أي تصح إضافته إلى نفسه ويستغني عن إضافته إلى الموكل **(كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل)** أقول: هذه الكلية تنتقض بما إذا كان الوكيل صبياً محجوراً عليه أو عبداً محجوراً عليه، فإن حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وإن كان العقد مما يضيفه الوكيل إلى نفسه كما عرفته فيما مر. **(وقال الشافعي: تتعلق بالموكل)** وبه قال مالك وأحمد **(لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار)** أي صار الوكيل في هذا الضرب **(كالرسول)** فإن قال رجل لآخر كن رسولي في بيع عبدي وحقوق العقد لا تتعلق بالرسول بلا خلاف **(والوكيل بالنكاح)** أي وصار كالوكيل بالنكاح من ضرب الثاني فإن حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقاً كما سيجيء **(ولنا أن الوكيل هو العاقد)** يعني أن الوكيل في هذا الضرب هو العاقد **(حقيقة)** أي من حيث الحقيقة **(لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته)** أي وصحة عبارة العاقد: أي صحة كلامه لكونه آدمياً له أهلية الإيجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلاً، فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء. وفي الكافي: فقضيته تستدعي أن يكون الحاصل بالتصرف واقعاً له غير أن الموكل لما استنابه في

آدمياً له أهلية الإيجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء. وأما حكماً فلأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه، وإذا كان كذلك كان الوكيل أصيلاً في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال القدوري في المختصر أو قال محمد في المبسوط: يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن ذلك كله من حقوق العقد قوله: **(والملك يثبت للموكل خلافة)** جواب عما قاله الشافعي إن الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه. وتقريره أن الملك يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه، ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء، والسبب انعقد موجباً حكمه للوكيل فكان قائماً مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق، وهذا طريقة أبي طاهر الدباس وإليه ذهب جماعة من أصحابنا. وقال شمس

قوله: **(جواب عما قاله الخ)** أقول: فخلاصة الجواب أنكم إن أردتم أن الحقوق تابعة لحكم التصرف الثابت أصالة فمسلم وما نحن فيه ليس كذلك، وإن أردتم مطلقاً فممنوع وهل النزاع إلا فيه قوله: **(على سبيل الخلافة الخ)** أقول: قوله على متعلق بقوله يقع، والمعنى أن الملك للموكل يقع على سبيل الخلافة تأمل قوله: **(والسبب انعقد موجباً حكمه للوكيل)** أقول: قوله للوكيل متعلق بقوله موجباً قوله: **(فإن قيل، إلى قوله: فإنه يقول)** أقول: الضمير في قوله فإنه راجع إلى أبي طاهر.

وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى. قال: (**وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن**

تحصيل الحكم جعلناه نائباً في حق الحكم وراعينا الأصل في حق الحقوق (**وكذا حكماً**) أي وكذا الوكيل في هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم (**لأنه**) أي الوكيل (**يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيراً**) عنه (**لما استغنى عن ذلك**) أي عن إضافة العقد إلى الموكل (**كالرسول**) والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه (**وإذا كان كذلك**) أي إذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكماً (**كان أصيلاً في الحقوق فتتعلق**) حقوق العقد (**به**) أي تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل (**فلهذا**) أي فلكون الوكيل في هذا الضرب أصلاً في الحقوق (**قال في الكتاب**) أي قال القدوري في المختصر. وقيل: أي قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير أو المبسوط (**يسلم المبيع**) أي يسلم الوكيل المبيع (**ويقبض الثمن**) إذا باع (**ويطالب**) بصيغة المجهول: أي يطالب الوكيل (**بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع**) أي ويقبض المبيع إذا اشترى (**ويخاصم في العيب ويخاصم فيه**) بفتح الصاد في الأول وكسرها في الثاني، فالأول فيما إذا باع، والثاني فيما إذا اشترى على الترتيب السابق. واعلم أن هاهنا فائدة جليلة يجب التنبه لها قد ذكرها صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال: يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان: حق يكون للوكيل، وحق يكون على الوكيل. فالأول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشتري والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن مستحق، ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور لكن لا تجب عليه، فإن امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأفعال لأنه متبرع في العمل بل يوكل الموكل بهذه الأفعال، وسيأتي في كتاب المضاربة بعض هذا، وإن مات الوكيل فولاية هذه الأفعال لورثته، فإن امتنعوا وكلوا موكل مورّثهم. وعند الشافعي للموكل ولاية هذه الأفعال بلا توكيل من الوكيل أو وارثه. وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتهما إلى هنا كلامه (**والملك يثبت للموكل خلافة عنه**) أي عن الوكيل، هذا جواب عما قاله الشافعي إن الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه. تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداء، لكن لا أصالة حتى يثبت له توابعه أيضاً بل خلافة عن الوكيل، ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجباً حكمه للوكيل فكان الموكل قائماً مقام الوكيل في ثبوت الملك (**اعتباراً للتوكيل السابق**) والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك (**كالعبد يتهب ويصطاد**) فإنه إذا اتهب: أي قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد، فإن مولاه يقوّم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في المبسوط. وتحقيق المسألة أن لتصرف الوكيل جهتين: جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته، وإعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما، فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل توكيل الموكل، ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة

الأئمة: قول أبي طاهر أصح. وقال المصنف: هو الصحيح. فإن قيل: قول أبي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جواباً عنه مع التزام قوله فإنه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق، فالجواب أنه ليس كذلك لأنه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعي أصالة. وتحقيق المسألة أن لتصرف الوكيل جهتين: جهة حصوله بعبارته، وجهة نيابته عن الموكل، وإعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما، فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل التوكيل، ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارته فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل، وإليه أشار المصنف بقوله: (**اعتباراً للتوكيل السابق**) فتعين الحقوق للوكيل، ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة

قوله: (**وهي أن الملك يثبت**) أقول: وقد سبق آنفاً أنه مقتضى القياس قوله: (**لأنه يخالف إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام**) أقول: المطلق ينصرف إلى الكامل كما نص عليه في كتب الأصول، والملك الكامل هو الملك المستقر قوله: (**وقال القاضي الخ**) أقول: والذي يظهر من كلام المصنف أنه اختار قول أبي زيد إلا أن يؤول قوله كان أصلاً في الحقوق ويحمل على المبالغة في التشبيه قوله: (**ثم ينتقل إلى الموكل من قبله**) أقول: يعني بأن يوكله.

دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لأن الوكيل فيها سفير محض؛ ألا يرى أنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول، وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من

الوكيل، فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل، وإليه أشار المصنف بقوله اعتباراً للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل، ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب، كذا في العناية. ثم اعلم أن هذا الملك طريقة أبي طاهر الدباس وإليه ذهب جماعة من أصحابنا. قال شمس الأئمة السرخسي: قول أبي طاهر أصح. وقال المصنف **(هو الصحيح)** واحترز به عن طريقة أبي الحسن الكرخي وهي أن الملك يثبت للوكيل أوّلاً ثم ينتقل إلى الموكل، وإليها ذهب بعض أصحابنا وهي اختيار الإمام قاضيخان كما ذكر في التحرير، وإنما قال هو الصحيح لأن الوكيل إذا اشترى منكوحته أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه، ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك. قال صاحب العناية: وجوابه أن نفوذ العتق يحتاج إلى ملك مستقرّ دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل إلى الموكل باعتبار الوكالة السابقة. قال في الزيادات فيمن تزوّج أمة ثم حرّة على رقبتها فأجاز مولاها فإنه تصير الأمة مهراً للحرة ولا يفسد النكاح وإن ثبت الملك للزوج فيها، لأن ملكه غير مستقرّ حيث ينتقل منه إلى الحرة فكذلك هاهنا انتهى. وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب: وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»[1] الحديث انتهى. أقول: الجواب عن هذا النظر ظاهر، إذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف إلى الكامل، ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة. قال الصدر الشهيد: إن القاضي أبا زيد خالفهما وقال: الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق، فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله فوافق أبا الحسن في حق الحقوق، ووافق أبا طاهر في حق الحكم وهذا حسن، كذا ذكر في الإيضاح والفتاوى الصغرى **(قال رضي الله عنه)** أي قال المصنف رحمه الله **(وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى)** أراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله: وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده، وإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه، كذا في عامة الشروح. قال بعض الفضلاء: القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل في البيع بقوله ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ. أقول: الذي يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية في الكتاب إنما هو الذي ذكره الشراح هاهنا، فإن الوكيل إذا اشترى شيئاً ثم اطلع على عيب فله أن يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل. ثم بعد هذا إن بقي المبيع في يده يبقى حق الرد له،

والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن طريقة الكرخي وهي أن الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل إلى الموكل، وإنما كان الأول هو الصحيح لأن المشتري إذا كان منكوحة الوكيل أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه، ولو ملك المشتري لكان ذلك. وأجيب بأن نفوذ العتق يقتضي ملكاً مستقراً. قال في الزيادات فيمن تزوّج أمة ثم حرة على رقبتها فأجاز المولى صارت الأمة مهراً للحرة ولم يفسد النكاح وإن ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقرّ ينتقل في ثاني الحال فلا يعتق عليه. وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق

قال المصنف: **(وفي مسألة العيب، إلى قوله: وإذا اشترى الوكيل الخ)** أقول: القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل البيع بقوله ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده الخ.

---

(١) تقدم في كتاب العتق، وإسناده قوي.

شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً. والضرب الثاني من أخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الإنكار.

وإن لم يبق في يده بل كان سلمه إلى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على إذن الموكل. ولما لم يعلم هذا التفصيل هاهنا وكان مما يحتاج إلى بيانه أحاله المصنف رحمه الله على ما سيذكره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء. وأما الذي يذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ فمما لا مساس له بما نحن فيه، فإن حاصل ذلك أنه إذا ردّ العبد على الوكيل بالبيع بخيب فإن ردّ عليه بحجة كاملة يرده على الموكل، وإن ردّ عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه، وهذا أمر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجري بين الموكل والوكيل، ولا شك أن المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد العيب، فلهذا لم يعممها الشراح كما توهمه ذلك القائل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وكل عقد يضيفه)** أي يضيفه الوكيل **(إلى موكله)** هذه ضابطة الضرب الثاني: أي كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الإضافة إلى الموكل **(كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل)** ففرّع على ذلك بقوله **(فلا يطالب)** بصيغة المجهول **(وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها)** أي تسليم المرأة إلى زوجها **(لأن الوكيل فيها)** أي في هذه العقود **(سفير محض)** أي معبر محض حاك قول الموكل، ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير **(ألا يرى أنه)** أي الوكيل **(لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل)** كيف **(ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح)** مثلاً **(له)** أي للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه **(فصار كالرسول)** يعني إذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيراً محضاً فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه، ولا شك أن الحكم في الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول **(وهذا)** يعني كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل، وهذا على ما هو دأب المصنف رحمه الله في كتابه هذا من أنه يقول بعد ذكر دليل على مدعى: وهذا لأن الخ، ويريد به بذكر دليل آخر لمّي بعد أن ذكر دليلاً إنيا فها هنا لما بين إنية كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيراً محضاً غير مستغن عن إضافة العقد إلى الموكل أراد أن يبين لميته أيضاً بقوله **(لأن الحكم فيها)** أي في هذه العقود **(لا يقبل الفصل عن السبب)** حتى لم يدخل فيها خيار الشرط، إذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب، وهذه العقود لا تقبل ذلك **(لأنه)** أي لأن السبب في هذه العقود **(إسقاط)** أي من قبيل الإسقاطات، أما في غير النكاح فظاهر، وأما في النكاح فلأن محل النكاح

قوله عليه الصلاة والسلام «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه» الحديث. وقال القاضي أبو زيد: الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق، فإن الحقوق تثبت له ثمّ تنتقل إلى الموكل من قبله، فوافق أبا الحسن في حق الحقوق وأبا طاهر في حق الحكم. قال الصدر الشهيد: هذا حسن. قال المصنف **(وفي مسألة العيب تفصيل نذكره)** وأراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله: وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده، فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه. قال: **(وكل عقد يضيفه إلى موكله الخ)** هذه ضابطة الضرب الثاني: كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لأن الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن إضافته إلى الموكل. فإنه إن أضافه إلى نفسه كان النكاح

قوله: **(لكونهن من بنات آدم)** أقول: منقوض بالتوكيل بشراء العبد وبيعه فتأمل في الفرق قوله: **(أو الحكم ينتقل إلى الموكل)** أقول: هذا على قول الكرخي قوله: **(أن يثبت له خلافة)** أقول: هذا على قول أبي طاهر الدباس قال المصنف: **(والضرب الثاني الخ)** أقول: والضرب مبتدأ والجملة التي بعده يعني قوله من أخواته الخ خبره قوله: **(والضرب الثاني)** أي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من أخواته، وإنما فسرنا به لأن العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من أخواته كما لا يخفى. قال العلامة النسفي في الكافي: والحقوق في كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال الكتابة والصلح عن إنكار يتعلق بالموكل دون الوكيل انتهى.

فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول، والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً لأن الحكم فيها يثبت بالقبض، وأنه يلاقي محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلاً، وكذا إذا كان

الأنثى من بنات آدم، وهنّ في الأصل خلقن حرائر والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك على من اتصف بها، إلا أن الشارع أثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقاً لمعنى النسل، فكان ذلك إسقاطاً لمعنى المالكية الذي كان ثابتاً للحرية بطريق الأصالة، كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري، ولأن الأصل في الأبضاع الحرمة فكان النكاح إسقاطاً للحرمة نظراً إلى الأصل كذا ذكر في الكافي. وإذا كان السبب في هذه العقود إسقاطاً **(فيتلاشى)** أي فيضمحل **(فلا يتصوّر صدوره)** أي صدور السبب بطريق الأصالة **(من شخص وثبوت حكمه لغيره)** كما في الضرب الأول **(فكان سفيراً)** أي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيراً محضاً. فإن قلت: ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا تقبل الفصل عن السبب؟ قلت: إنهم قالوا في الضرب الأول إن الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتباراً للتوكيل السابق، وتتعلق الحقوق بالوكيل اعتباراً لعبارته، وهاهنا إذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للإسقاط؛ فإما أن يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل، والأول باطل لأنه يبطل التوكيل وينافي الإضافة إلى الموكل فتعين الثاني، وإليه أشار بقوله فكان سفيراً **(والضرب الثاني)** وهو كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله **(من أخواته)** أي من أفراده التي بينهن أخوّة: أي مشاركة في الحكم **(العتق على مال)** قوله والضرب الثاني مبتدأ موصوف. وقوله من أخواته خب مقدم لمبتدأ ثان وهو قولها لعتق على مال. والجملة أعني المبتدأ الثاني مع خبره خير للمبتدأ الأول، فحاصل المعنى ومن أخوات الضرب الثاني العتق على مال. قال بعض الفضلاء في تفسير كلام المصنف هاهنا: أي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من أخواتها العتق على مال، وقال: إنما فسرنا به لأن العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من أخواته. أقول: لا يذهب على ذي مسكة أن التفسير الذي ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية أصلاً فكيف يحمل المعنى عليه، وأما كون العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من أخواته فإنما ينافي اعتبار الأخوّة بين الضرب الثاني ومشمولاته، وليس ذلك من ضرورات كلام المصنف هاهنا لأنه يجوز أن يكون إضافة الأخوات إلى ضمير الضرب الثاني لكونها من أفراده، ويكون التعبير عنها بالأخوات للتنبيه على مشاركتها في الحكم كما أشرنا إليه

له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكأنّ العقد صدر منه، ومن صدر منه العقد رجع إليه الحقوق كما في الضرب الأول. قال المصنف **(وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب، لأنه)** يعني أن السبب في هذه العقود إسقاط فيتلاشى، ومعنى الإسقاط في غير النكاح ظاهر. وأما فيه فلأن الأصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور، إلا أن الشرع أثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك إسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره. ولقائل أن يقول: ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب؟ والجواب أنا قد قلنا في الضرب الأول إن الحكم ينتقل إلى الموكل أو يثبت له خلافة اعتباراً للتوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتباراً لعبارته، وهاهنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتأخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للإسقاط، فإما أن يبقى الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل، والأول باطل لأنه يبطل التوكيل وينافي الإضافة إلى الموكل فتعين الثاني، وإليه أشار بقوله فكان سفيراً ولله درّه على فضله وتنبهه للطائف العبارات، جزاه الله عن الطلبة خيراً. قال: **(والضرب الثاني من أخواته الخ)** أي ومن أخوات الضرب الثاني العتق على مال

قوله: **(هو جار مجرى البيع الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه ليس كل صلح عن إقرار جار مجرى البيع لما سيجيء أن كل شيء وقع الصلح عليه وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فتفسيره به ليس بجيد قوله: **(أو برهنا فقبض الوكيل)** أقول: زيادة من عنده مخلة، فإن الحكم كذلك وإن لم يقبض الوكيل قال المصنف: **(لأن الحكم فيها يثبت بالقبض)** أقول: أي قبض الوكيل، وفيه بحث، بل المراد قبض الموهوب له وأشباهه.

الوكيل من جانب الملتمس، وكذا الشركة والمضاربة، إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه. قال: **(وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه)** لأنه أجنبي عن العقد

في تفسير قوله من أخواته. نعم المتبادر من الإضافة اعتبار الأخوة بين المضاف والمضاف إليه كما في نظائره، لكن قرينة المقام صارفة عنه إلى ما قلنا فتدبر **(والكتابة)** عطف على العتق على مال داخل في حكم الكلام السابق؛ وكذا قوله **(والصلح على الإنكار)** وإنما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لأنها من الإسقاطات دون المعاوضات. أما العتق على مال والكتابة فلأن البدل فيهما بمقابلة إزالة الرق وفك الحجر. وأما الصلح على الإنكار فلأن البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة وافتداء اليمين في حق المدعى عليه **(فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول)** أراد بالصلح الذي هو جار مجرى البيع الصلح عن إقرار فيما إذا كان من مال بمال فإنه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع، وأما إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثاني وإن كان عن إقرار لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً محضاً كما صرح به المصنف رحمه الله في باب التبرع بالصلح والتوكيل من كتاب الصلح. أقول: فبهذا ظهر أن ما وقع هاهنا في الشروح من تفسير الصلح الذي هو جار مجرى البيع بالصلح عن إقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير في تعيين المرام وتحقيق المقام، كيف ولو كان ذلك كافياً هاهنا لما بدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير **(والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً)** وتفسير هذا ما ذكره في الإيضاح حيث قال: ولو وكل وكيلاً بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره إياه أو يودعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره فهو جائز على الموكل، وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده، ولا أن يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه، لأن أحكام هذه العقود إنما تثبت بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلاً لأنه أجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيراً ومعبراً عن المالك انتهى. وأشار المصنف رحمه الله إلى التعليل المذكور فيه أيضاً بقوله **(لأن الحكم فيها)** أي في العقود المذكورة **(يثبت بالقبض)** أي يقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهم **(وأنه)** أي القبض **(يلاقي محلاً مملوكاً للغير)** أي لغير الوكيل، فالحكم أيضاً يلاقي محلاً مملوكاً لغير الوكيل وهو الموكل **(فلا يجعل)** أي الوكيل **(أصيلاً)** لكونه أجنبياً عن ذلك المحل، بخلاف التصرفات التي تقوم بالقبول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره، فإن الوكيل يجب أن يكون أصيلاً فيها لأنه أصل في التكلم وكلامه مملوك له. قال صاحب العناية: فقوله فلا يجعل أصيلاً مقتضاه أصيلاً في الحكم وليس الكلام فيه. ويدفع ذلك بأن الحكم إذا لاقى محلاً مملوكاً لغير الوكيل كان

والكتابة والصلح على الإنكار فيضيف إلى موكله والحقوق ترجع إليه لأنه من الإسقاطات **(وأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع)** وهو الصلح عن إقرار **(فهو من الضرب الأول)** لأنه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل. وإذا وكل بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق بماله أو يقرضه أو يعير دابته أو يودع متاعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره به جاز على الموكل بإضافته إليه مثل أن يقول وهبه لك موكلي أو رهنه، وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه. قال المصنف رحمه الله **(لأن الحكم فيها)** يعني في الصور المذكورة **(يثبت بالقبض، والقبض يلاقي محلاً مملوكاً للغير)** فالحكم يلاقي محلاً مملوكاً للغير، فقوله: **(فلا يجعل أصيلاً)** مقتضاه أصيلاً في الحكم وليس الكلام فيه. ويدفع ذلك بأن الحكم إذا لاقى محلاً مملوكاً لغير الوكيل كان ثابتاً لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم

قوله: **(فقوله فلا يجعل إلى قوله ويدفع ذلك بأن الحكم)** أقول: إذا لم يكن أصيلاً في حق الحكم لا يكون أصيلاً في حق الحقوق، والوكيل في الضرب الأول أصيل في حق الحكم ويثبت الموكل خلافة عنه فكان أصيلاً في حق الحقوق فلا حاجة إلى ما ذكره مع توجه المنع إلى ما أشار إليه من حديث الأولوية، بل لك أن تمنع صحة القياس فضلاً عن الأولوية، إذ ليس العلة فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها إلا التلاشي ولزم كونه إسقاطاً لأضعف العلية، والتلاشي هنا مفقود فأين الجامع؟ قوله: **(لضعفها في العلية)** أقول: الضمير في قوله لضعفها راجع إلى العبارة.

. . . .

ثابتاً لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت إلى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج إلى القبض أولى لضعفها في العلية انتهى. أقول: ما استشكاله بشيء ولا دفعه. أما الأول فلأنه إذا ثبت أن الوكيل في هذه العقود لم يجعل أصيلاً في الحكم ثبت أيضاً ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل في هذه العقود، إذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل في الضرب الأول ثبوت الحكم الذي هو الملك للموكل خلافة عن الوكيل، وهذا إنما يكون بأن يجعل الوكيل أصيلاً في الحكم، فإذا لم يجعل في العقود المذكورة أصيلاً فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها. وأما الثاني فلأن الباعث على انتقال الحقوق إلى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس إلا كون السبب إسقاطاً متلاشياً، والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الإسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلاً عن الأولوية. وأما الضعف في العلية فإن كان له مدخل فإنما هو في حق نفس ثبوت الحكم لا في حق الانتقال فتأمل **(وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس)** يعني إذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بأن وكله بالاستيهاب أو الاستعارة أو الارتهان أو غير ذلك يكون الوكيل سفيراً أيضاً فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لأنه يضيف العقد إلى موكله. وفي العناية: أما إذا قبض الموكل فلا إشكال، وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل، وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض. ويدفع بأنه لا بد له من إضافة العقد إلى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما إذا قبضه بنفسه انتهى **(وكذا الشركة والمضاربة)** يعني إذا وكل بعقد الشركة أو المضاربة يكون الوكيل سفيراً أيضاً وتتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل، إذ لا بد له من إضافة العقد إلى موكله، حتى لو أضافه إلى نفسه يقع عنه لا عن موكله **(إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل)** استثناء من قوله وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس **(حتى لا يثبت الملك للموكل)** فللوكيل أن يمنع الذي استقرضه من الآمر، ولو هلك هلك من ماله. قال صاحب العناية: واعلم أني أعيد لك هاهنا ما ذكرته في أول كتاب الوكالة وأزيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء، فإن ظهر لك فاحمد الله تعالى، وإن سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فإن جهد المقلّ دموعه: التوكيل بالاستقراض لا يصح لأنه أمر بالتصرف في مال الغير وأنه لا يجوز. وردّ بالتوكيل بالشراء فإنه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير. وأجيب بأن محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه. وأورد بأنه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل. وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض. وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فإنه صحيح ولا محل له سوى المستعار

بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت إلى الموكل بجعل العبارة سفارة، ففيما احتاج إلى القبض أولى لضعفها في العلية، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فإن الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل دون الوكيل. أما إذا قبض الموكل فلا إشكال، وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض. ويدفع بأنه لا بد له من إضافة العقد إلى موكله وهي تجعل القبض

قوله: **(ورد بالتوكيل بالشراء الخ)** أقول: هذا نقض إجمالي. ويمكن أن يجاب عنه بأن يقال: إن أراد أنه أمر بقبضه قبل العقد فليس كذلك وإن أراد أنه أمر بقبضه بعد العقد فمسلم ولكن ليس حينئذ ملك الغير ولا كذلك في الاستقراض، فإن المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد فليتأمل قوله: **(وأجيب بأن محله الخ)** أقول: منع لجريان الدليل مستنداً بأن محله الخ قوله: **(وأورد بأنه هلا جعل الخ)** أقول: فتكون الصغرى ممنوعة مع السند قوله: **(وأجيب بأن ذلك الخ)** أقول: يؤول إلى إبطال السند. ثم أقول: سيجيء التفصيل المتعلق بالوكالة بالشراء وأن الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح، وكيفية تصحيحه من الشارح في الدرس الثاني من فصل البيع فراجعه قوله: **(بإقامة الموكل)** أقول: مضاف إلى الفاعل قوله: **(فالجواب، إلى قوله: خلفا عن البدل الخ)** أقول: وفيه نظر، فإنه لو سلم ما ذكره من قصة الخلفية فإنما هي خلف عن بدل يصلح أن يكون محل التوكيل لا مطلقاً والبدل في الاستقراض لا يصلح لذلك فلا يلزم الاجتماع المحذور فليتأمل.

. . . .

والموهوب إذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلاً للتوكيل. والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب، وإنما محله فيهما عبارة الموكل فإنه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه. فإن قيل: فليكن في الاستقراض كذلك. فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفاً عن بدل يلزم في الذمة إذ لم يكن فيها بدل في الذمة، فلو اعتبرناها محلاً له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للإيفاء في الذمة لزم اجتماع الأصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد، والله تعالى أعلم بالصواب، إلى هنا كلامه. أقول: فيه بحث أما أولاً فلأن الدليل الذي ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة ليس بتامّ عندي، لأن التصرف في ملك الغير والأمر به إنما لا يجوز لو كان بغير إذن المالك ورضاه، كما لو غصب ملك الغير أو أمر بغصبه. وأما إذا كان بإذنه ورضاه فيجوز قطعاً؛ ألا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذي هو ملك المقرض ويتصرف فيه، وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك المعير ويستعمله، ولا خلاف لأحد في جواز ذلك، والظاهر أن التوكيل بالاستقراض إنما هو الأمر بالتصرف في ملك المقرض بإذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغي أن يجوز أيضاً. وأما ثانياً فلأن ما ذكره في الرد له بالتوكيل في الشراء من أنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح، إذ لا نسلم أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع بل هو أمر بإيجاد العقد، وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الأمر بالشراء أمراً بقبض المبيع. سلمنا أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع أيضاً لكنه أمر به بعد إيجاد العقد لا قبله كما لا يخفى، والمبيع بعد إيجاد العقد ملك المشتري لا ملك الغير، بخلاف الاستقراض فإن المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما صرحوا به. فالصواب في تمشية النقض بالتوكيل بالشراء أن يقال: إنه أمر بتملك المبيع الذي هو ملك الغير كما ذكر في الذخيرة وغيرها. وأما ثالثاً فلأنه إن أراد بقوله في الجواب عن النقض المذكور أن محله هو الثمن في ذمة الموكل أن محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لأن نفس الثمن إنما هو محل التوكيل بإيفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه، وإن أراد بذلك أن محله هو إيجاب الثمن في ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله في ذمة الموكل والمصرح به في الذخيرة وغيرها فهو مسلم، لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الإيراد الآتي فإن معناه حينئذ هو أنه هلا جعل محله في الاستقراض أيضاً إيجاب البدل في ذمة الموكل، ولا يتيسر الجواب عنه بأن ذلك محل إيفاء القرض لأن محل إيفائه هو نفس البدل لا إيجابه في ذمة الموكل. بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر في الذخيرة وغيرها من أن البدل في باب القرض إنما يجب في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض، فلا بد من تصحيح الأمر بالقبض أوّلاً حتى يستقيم الأمر بإيجاب المثل في ذمته، والأمر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير. وأما رابعاً فلأن قوله في الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة إن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب، وإنما محله فيهما عبارة الموكل غير تام، فإنه إن قال الوكيل بالاستعارة إن فلاناً أرسلني إليك يستعير منك كذا، وقال الوكيل بالاتهاب إن فلاناً أرسلني إليك يتهب منك كذا، فإنهما في هذه الصورة كانا متصرفين في عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل أخرجاه مخرج الرسالة، والكلام هنا في حكم الوكالة دون الرسالة، فإن الرسالة صحيحة في الاستقراض أيضاً حتى

له فصار كما إذا قبضه بنفسه (**وكذا**) إذا وكل بعقد (**الشركة أو المضاربة**) كانت الحقوق راجعة إلى الموكل للإضافة قوله: (**إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل**) استثناء من قوله، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس. واعلم أني أعيد لك هاهنا ما ذكرته

وحقوقه لما أن الحقوق إلى العاقد **(فإن دفعه إليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانياً)** لأن نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه، ولا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه، ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة،

أن الوكيل بالاستقراض لو أخرج كلامه مخرج الرسالة فقال إن فلاناً أرسلني إليك يستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل، ولا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيرها. وإن قال الوكيل بالاستعارة أستعير منك كذا لفلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب أتهب منك كذا لفلان الموكل، فإنهما في هاتيك الصورة جرياً على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين في عبارة الموكل أصلاً حيث لم يحكيا عنه كلاماً، بل إنما تكلما بكلام أنفسهما إلا أنهما أضافا العقد إلى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني، فأين يتمشى القول بأن محل التوكيل فيهما عبارة الموكل، على أن ذلك القول منه يخالف صريح ما ذكر في الذخيرة وارتضاه كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من أن الموضوع لنقل العبارة إنما هو الرسالة، فإن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة. وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فإن العبارة فيها للوكيل. وأما خامساً فلأن قوله فالجواب إنا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشيء، لأن اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه إنما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات، وأما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا، وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية هاهنا. وأيضاً استحالة اجتماع الأصل والخلف إنما تقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفاً عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقاً، فلم لا يجوز أن تعتبر محلاً للتوكيل في الاستقراض أيضاً لضرورة صحة العقد وإن لم تجعل خلفاً عن بدل؟ ألا يرى أنها اعتبرت محلاً للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تأمل. وقال صاحب غاية البيان: قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل: إن العبارة للوكيل والمحل الذي أمره بالتصرف ملك الغير، فإن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل. قلت: هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة، فإنه صحيح مع أن الموكل أمره بالتصرف في ملك الغير، وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل، بل معناه أن الوكيل بالاستقراض إذا أضاف العقد إلى نفسه وقال أقرضني كان التوكيل باطلاً حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل، إلا إذا أضاف العقد إلى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال أرسلني فلان إليك يستقرض كذا فحينئذ يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل، وليس للوكيل أن يمنع الموكل عنه فافهمه ففيه غنى عن تطويل لا طائل تحته، انتهى كلامه. قول: وفيه

في أوّل كتاب الوكالة، وأزيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الآراء، فإن ظهر لك فاحمد الله، وإن سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فإن جهد المقلّ دموعه: التوكيل بالاستقراض لا يصح لأنه أمرٌ بالتصرف في مال الغير وإنه لا يجوز. وردّ بالتوكيل بالشراء فإنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير. وأجيب بأن محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه. وأورد بأنه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل. وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض. وأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فإنه صحيح، ولا محل له سوى المستعار والموهوب، إذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له فيجعل محلاً للتوكيل. والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والإتهاب، وإنما محله فيهما عبارة الموكل فإنه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه في ذلك. فإن قيل: فليكن

قوله: **(قال في الإيضاح: التوكيل بالاستقراض لا يصح الخ)** أقول: بخلاف التوكيل بالاستعارة والاتهاب حيث لا يلزم فيهما التبليغ على وجه الرسالة. وفيه بحث، فإنه قال في الخانية: إن وكل بالاستقراض، إن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل فقال إن فلاناً استقرض منك كذا أو قال أقرض فلاناً كذا كان القرض للموكل، وإن لم يضف الاستقراض إلى الموكل يكون القرض للوكيل انتهى قوله: **(إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة)** أقول: تصحيحاً لكلام العاقل بقدر الإمكان يحمل توكيله على الرسالة مجازاً فليتأمل.

ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل وبدين الوكيل إذا كان وحده إن كان يقع

بحث، إذ لا شك أن معنى قول المصنف وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس أن الوكيل هاهنا سفير أيضاً لا تتعلق حقوق العقد به بل بموكله لإضافته العقد إلى موكله دون نفسه، وإن قوله إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا إذا كان التوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح، ولو كان معنى كلام المصنف هاهنا ما فهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى، إذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما إذا كان الوكيل من جانب الملتمس، فإن كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك إذا أضاف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل تبطل الوكالة ويكون ما أخذه لنفسه لا لموكله، لأن هذه العقود كلها من الضرب الثاني، ومن شرط هذا الضرب أن يضيف الوكيل العقد إلى موكله، فإذا انتفى بطلت الوكالة قطعاً، ولعمري إن هذا الشارح قد هرب هاهنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الأولى حتى أفسد معنى كلام المصنف بالكلية. قال المصنف **(بخلاف الرسالة فيه)** أي في الاستقراض فإنها تصح. قال في الإيضاح: التوكيل بالاستقراض لا يصح، ولا يثبت الملك فيما إذا استقرض للآمر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني إليك فلان يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض: أي المرسل. وقال الإمام الزيلعي في التبيين: وعن أبي يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه)** أي فللمشتري أن يمنع الثمن من الموكل **(لأنه)** أي الموكل **(أجنبي عن العقد وحقوقه، لما)** تقدم **(أن الحقوق تعود إلى العاقد)** في البيع وأمثاله، ولهذا إذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح، وإن نهاه الموكل عن ذلك لا يصح، وإذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل إلا بإذن الوكيل **(فإن دفعه إليه)** أي إن دفع المشتري الثمن إلى الموكل **(جاز)** يعني ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن إلى الموكل جاز دفعه إليه استحساناً. فالفاء في قوله فإن دفعه للعطف لا للسببية، ولكن لو بدلت بالواو لكان أحسن كما لا يخفى **(ولم يكن للوكيل أن يطالبه به)** أي بالثمن **(ثانياً لأن نفس الثمن المقبوض حقه)** أي حق الموكل وإن كانت مطالبته حق الوكيل **(وقد وصل إليه)** وقد وصل حق الموكل إلى نفسه **(فلا فائدة في الأخذ منه)** أي من الموكل **(ثم في الدفع إليه)** أي إلى الوكيل. واعلم أن هذا في غير الصرف، وأما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لأن جواز البيع في الصرف بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول؛ ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز، فكذا إذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل، أشير إلى هذا في الذخيرة وذكر في الشروح، **(ولهذا)** أي ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل **(لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة[1]، ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل)** حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء من الثمن، وهذا لأن المقاصة إبراء

في الاستقراض كذلك. فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفاً عن بدل يلزم في الذمة إذ لم يكن فيها بدل في الذمة، فلو اعتبرناها محلاً له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للإيفاء في الذمة لزم اجتماع الأصل، والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا، والله أعلم بالصواب **(بخلاف الرسالة)** فإنها

قال المصنف: **(إن كان يقع المقاصة الخ)** أقول: قوله إن للوصل في قوله إن كان قال في النهاية: قوله إن كان يقع المقاصة الخ: يعني «اكرجه دين مشترى بدين وكيل مقاصة ميشود وقتي كه تنهادين وكيل إبود سبب إن كه وكيل إبراه مشترى، وأما لكسب تردايشان ولكن وقتي كه مشترى رابر موكل وبروكيل دين بود دين مشترى بل بادين موكل مقاصة شود وبدين وكيل» انتهى. وأنت خبير بأن الحق أن يقول موضع قوله: «ولكن وقتي كه الخ، ولكن وكيل ضامن ميشود هرموكل را» بخلاف موكل فافترقا ليطابق الشرح المشروح قوله: **(لكنه يضمن للموكل في الإبراء والمقاصة)** أقول: فافترقا.

(١) تقاصُّوا: إذا قاصَّ كلٌّ منهم صاحبه في الحساب، فحبس عنه مثل ما كان له عليه اهـ. مغرب.

المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين.

بعوض فتعتبر بالإبراء بغير عوض، ولو أبرآه جميعاً بغير عوض وخرج الكلامان معاً برىء المشتري بإبراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذا هاهنا، ولأنا لو جعلناه قصاصاً بدين الوكيل احتجنا إلى قضاء آخر فإن الوكيل يقضي للموكل، ولو جعلناه قصاصاً بدين الموكل لم نحتج إلى قضاء آخر فجعلناه قصاصاً بدين الموكل قصراً للمسافة فقد أثبتنا حكماً مجمعاً عليه، فإن الوكيل يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإجماع، ولو جعلناه قصاصاً بدين الوكيل لأثبتنا حكماً مختلفاً فيه فكان ما قلناه أولى، كذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده. ولما استشعر أن يقال المقاصة لا تدل لي كون نفس الثمن حقاً للموكل دون الوكيل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده. أجاب بقوله **(وبدين الوكيل إذا كان وحده)** إن كان **(تقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد لما أنه)** أي الوكيل **(يملك الإبراء عنه)** أي عن المشتري **(عندهما)** أي عند أبي حنيفة ومحمد: يعني أنه إن كان تقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعلة أن الوكيل يملك الإبراء بغير عوض عن المشتري عندهما فيملك المقاصة أيضاً لأنها إبراء بعوض فتعتبر بالإبراء بغير عوض **(ولكنه يضمنه)** أي ولكن الوكيل يضمن الثمن **(للموكل في الفصلين)** أي في فصل الإبراء والمقاصة، بخلاف الموكل فإنه لا يضمن لأحد في شيء من الفصلين فافترقا. وقال أبو يوسف: لا يجوز إبراء الوكيل استحساناً لأن الثمن في ذمة المشتري ملك الموكل، فإبراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف ما أمر به فلا ينفذ، كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري. وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الإبراء إسقاط الحق القبض، والقبض خالص حق الوكيل، ألا ترى أن الموكل لا يمنعه عن ذلك، ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في الإبراء عن القبض حق نفسه فيصح منه. ثم إنه لما أسقط حق القبض انسدّ على الموكل باب الاستيفاء إذ ليس له حق القبض فصار ضامناً له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ إعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه، كذا في

تصح في الاستقراض. قال في الإيضاح: التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني إليك فلان ويستقرض منك، فحينئذ يثبت الملك للمستقرض: يعني المرسل. قال: **(وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن الخ)** إذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم أن الحقوق ترجع إلى العاقد ولهذا إذا نهاه الوكيل عن ذلك صح، وإن نهاه الموكل لا يصح، فإذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل إلا بإذنه، ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن إلى الموكل صح، ولم يكن للوكيل أن يطالب به ثانياً لأن نفس الثمن حقه وقد وصل إليه فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع إليه، وهذا في غير الصرف. وأما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لأن جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز، فكانت إذا ثبت له حق القبض قوله: **(ولهذا)** توضيح لقوله إن نفس الثمن المقبوض حقه؛ فإنه لو كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة، ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه، ولأن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض؛ ولو أبرآه جميعاً بغير عوض وخرج الكلامان معاً برىء المشتري بإبراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك هاهنا، فإن قيل: المقاصة لا تدل على كون الثمن حقاً للموكل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان له عليه دين وحده. أجاب بما ذكرنا أن المقاصة إبراء بعوض وهو معتبر بالإبراء بغيره. وللوكيل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أي يبرىء المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمنه للموكل في الإبراء والمقاصة، وإنما كان له ذلك عندهما لأن الإبراء إسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل، فكان الإبراء مسقطاً حق نفسه، وفيه نظر، فإنه لو كان كذلك لما جاز الإبراء من الموكل ولا تضمين الوكيل. والجواب أن الثمن حقه فجاز إبراؤه فإن الإبراء من الوكيل هو ذلك، فإذا أبرأه أسقط حق القبض، وليس للموكل حق القبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة، وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان، كالراهن يعتق الرهن فإنه يضمن للمرتهن الدين لسدّه باب الاستيفاء من مالية العبد عليه، واستحسن أبو يوسف

. . . .

المبسوط. فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لأنه خالف الموكل، لأنه إنما وكله ببيع يصل إليه ثمنه وهاهنا لا يصل. قلت: إن لم يصل إليه الثمن بعد البيع فقد وصل إليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصاً بدين الآمر عندهم جميعاً، لأن الآمر يملك إبراء المشتري عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الإبراء بعوض بطريق الأولى. كذا في الذخيرة.

رحمه الله فقال: الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره أن يتصرف فيه إلا بإذنه. والجواب القول: بالموجب. سلمنا أن الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فإذا أسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفاً. قيل: كان الواجب أن لا يجوز من الوكيل بالبيع ببيع يوجب مقاصة لأن غرض الموكل وصول الثمن إليه. وأجيب بأن في المقاصة وصولاً متقدماً إن كانت بدين الموكل، ومتأخراً بالضمان إن كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز.

قوله: (والجواب القول بالموجب الخ) أقول: لعل هنا مسامحة.

باب الوكالة في البيع والشراء

فصل في الشراء

قال: (ومن وكل رجلاً بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قدّم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعاً وأمسّ حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء، وقدّم فصل الشراء لأنه ينبيء عن إثبات الملك والبيع ينبيء عن إزالته، والإزالة بعد الإثبات كذا في الشروح. أقول: هذا الذي ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جداً، بل هو أمر وهمي لا تحقيقي، لأن الشراء كما ينبيء عن إثبات الملك في المبيع ينبيء أيضاً عن إزالة الملك عن الثمن وإن البيع كما ينبيء عن إزالة الملك عن المبيع ينبيء أيضاً عن إثبات الملك في الثمن، وعن هذا قالوا إن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه، فهما سيان في الإنباء عن الإثبات والإزالة. وإن وجه بأن الأصل والعمدة في عقد المبايعة هو المبيع فيكفي إنباء الشراء عن الإثبات والبيع عن الإزالة بالنظر إليه. قلنا: لا شك أن ثبوت ملك المشتري في المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع عنه، وإلا يلزم أن يجتمع في كل مبيع في آن واحد هو قبل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشتري ولا يخفى بطلانه، فتعين أن ثبوت الملك وزواله في البيع والشراء إنما يتحققان معاً بالنسبة إلى الشخصين. وأما قضية كون الإزالة بعد الإثبات فإنما تجري في محل واحد بالنسبة إلى شخص واحد فهي بمعزل عما نحن فيه. فالأظهر أن الوجه في تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه في تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر أبواب الوكالة من كونه أكثر وقوعاً وأمسّ حاجة، فإن أكثر الناس يوكل الآخر بالشراء في مآكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الأمور المهمة التي قلما يخلو الإنسان في أوقاته من الاحتياج إليها، وقلما يقدر على أن يتولى شراءها بنفسه، بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن وكل رجلاً بشراء شيء) أي شيء غير معين لأن في المعين لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح (فلا بد من تسمية جنسه) كالعبد والجارية، فإن العبد جنس عند أهل الشرع، وكذا الجارية باعتبار اختلاف الأحكام (وصفته) أي نوعه على ما سيأتي في كلام المصنف كالتركي والهندي. قال صاحب العناية: فيحتاج إلى تعريف الجنس والنوع، فقيل الجنس هو ما يدخل تحته أنواع متغايرة، والنوع اسم لأحد ما يدخل تحت اسم فوقه، وذكر في الفوائد الظهيرية محالاً إلى أهل المنطق: الجنس اسم دالّ على كثيرين مختلفين بالنوع، والنوع اسم دالّ على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى. أقول: لا يذهب على

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قدّم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعاً وأمسّ حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء، وقدّم فصل الشراء لأنه ينبيء عن إثبات الملك والبيع ينبيء عن إزالته والإزالة بعد الإثبات. قال: (ومن وكل رجلاً بشراء شيء الخ) إذا وكل رجلاً بشراء شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته: أي نوعه أو جنسه ومبلغ ثمنه، والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان، والنوع هو

باب الوكالة في البيع والشراء

فصل في الشراء

قوله: (وقد فصل الشراء لأنه ينبيء الخ) أقول: ولأن الوكالة بالشراء أكثر وقوعاً وأمس حاجة من التوكيل بالبيع؛ ألا يرى أن أكثر

به معلوماً فيمكنه الائتمار، **(إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت)** لأنه فوّض الأمر إلى رأيه، فأي شيء

ذي فطرة سليمة أنه لم يأت بشيء يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع هاهنا لأن الذي ذكره أوّلاً لا حاصل له بل هو أمر مبهم متناول لأمور كثيرة غير مرادة بالجنس والنوع هاهنا قطعاً. والذي ذكره ثانياً لا يطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعاً ما ذكروه من أمثلة الجنس والنوع. وقال صاحب الغاية: وأراد بالجنس النوع لا مصطلح أهل المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو، والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو، أو أراد مصطلح أهل النحو وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه، ويجوز أن يريد بالجنس ما يندرج تحته أشخاص، وقد مرّ بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى. أقول: كل واحد من المعاني الثلاثة التي جوّز كونها مرادة بالجنس هاهنا منظور فيه. أما الأول فلأنه إن أراد بالنوع في قوله وأراد بالجنس النوع المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن من الأجناس الشرعية ما ليس بنوع عند أهل المنطق كالعبد والجارية فإنهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من أصناف نوع الإنسان، وإن أراد بذلك النوع اللغوي بمعنى القسم يلزم أن يدخل فيه جميع الأنواع الشرعية بل أصنافها أيضاً، فإن كل واحد منها قسم مما هو الأعم منه، فلا يتميز الجنس الشرعي عن النوع الشرعي وما دونه فيختل معنى المقام. وأما الثاني فلأن ذلك المعنى الذي هو مصطلح أهل النحو في اسم الجنس. وحاصله ما علق على شيء لا بعينه كما ذكره في باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الأجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق، فإن كل واحد منها مما يجمع الأجناس الشرعية كما صرحوا به، ويصدق أيضاً على ما تحت الأجناس الشرعية من الأنواع الشرعية وما دونها، فلا يتميز الجنس الشرعي حينئذ من غيره فيختل معنى المقام. وأما الثالث فلأن ذلك المعنى الذي هو مصطلح حكماء اليونان في الجنس على ما نقل عن أبي عليّ بن سينا يصدق على كل مفهوم كلي يندرج تحته أشخاص فيعم ما فوق الأجناس الشرعية وما تحتها من الأنواع الشرعية وأصنافها، فلا يتميز الجنس الشرعي حينئذ عن غيره أيضاً فيختل معنى المقام. وقال صاحب العناية: والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلح عليه أهل المنطق، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان، والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالإنسان مثلاً، والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي، والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافاً على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف انتهى. أقول: لا يخفى على العارف بالفقه أن ما قاله صاحب العناية أقرب إلى ضبط ما هو المراد من الجنس والنوع عند أهل الشرع، لكن فيه أيضاً إشكال لأنه إن أراد بالصنف في قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه، يرد عليه أن الحمار نوع عند أهل الشرع على ما سيجيء في الكتاب مع أنه ليس بصنف منطقي، بل هو نوع عند أهل المنطق أيضاً، وإن أراد بذلك الصنف اللغوي بمعنى الضرب والقسم يرد عليه أن الرقيق مثلاً صنف بهذا المعنى لأنه ضرب من الإنسان وليس بنوع عند أهل الشرع، بل هوعندهم مما يجمع الأجناس الشرعية كالعبد والجارية على ما صرحوا به، وإن العبد والجارية مثلاً صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه **(أو جنسه ومبلغ ثمنه)** أي أو تسمية جنسه

المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب إما هو كالإنسان مثلاً، والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي، والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافاً على اصطلاح أولئك، وبالنوع الصنف، فمن وكل رجلاً بشراء شيء فإما أن يكون معيناً أو لا، والأول لا حاجة فيه إلى ذكر شيء، والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل أن يقول عبداً هندياً، أو تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل أن يقول عبداً بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الائتمار فإن ذكر الجنس

الناس يوكل ولده أو خادمه بشراء الخبز واللحم وغيرهما كل يوم مرات ولا كذلك بالبيع قال المصنف **(وصفته)** أقول: أي نوعه كما سيفسرها به بعد أسطر قوله: **(والمراد ها هنا بالجنس ما يشمل أصنافاً الخ)** أقول: سواء كان نوعاً أو أخص منه كالرقيق قوله: **(وبالنوع**

يشتريه يكون ممتثلاً. والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً، لأن مبنى

ومقدار ثمنه (**ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الائتمار**) أي فيمكن الوكيل الامتثال لأمر الموكل، فإن ذكر الجنس مجرّداً عن الصفة أو الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الإتيان بما أمره الموكل به. واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوماً بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء. والجواب أن الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء، بل هو شراء نوع من جنس، وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه كذا في العناية. أقول: لقائل أن يقول: إن أراد أن الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع، كيف ومعنى الدليل المذكور أنه لو لم يسمّ الموكل بشراء شيء نوعه مع جنسه أو مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل الموكل به معلوماً فلم يمكن للوكيل الائتمار بما أمر به، وعلى هذا لا يحتمل أن يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين لكونه خلاف المفروض، وإن أراد أن الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع ما من أنواع جنس فهو مسلم، لكن يرد عليه الاعتراض بأن الفعل الموكل به حينئذ معلوم، وهو شراء نوع ما من جنس، فإذا اشترى الوكيل أي نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤتمراً بما أمر به. ويمكن الجواب بأن الفعل الموكل به حينئذ وإن كان شراء نوع مطلق من جنس نظراً إلى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز أن يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس، فإذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل الائتمار بأمره على وفق مراده، فمعنى كلام المصنف ليصير الفعل الموكل به معلوماً على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الائتمار بأمره على وفق ذلك ويرشد إليه قوله فيما سيأتي فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة (**إلا أن يوكله وكالة عامة**) استثناء من قوله فلا بدّ من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه: يعني إذا وكله وكالة عامة(فيقول ابتع لي ما رأيت) فلا يحتاج إلى ذكر شيء منها (**لأنه**) أي الموكل في هذه الصورة (**فوّض الأمر إلى رأيه**) أي إلى رأي الوكيل (**فأي شيء يشتريه يكون ممتثلاً**) لأمر الموكل فيقع عنه. اعلم أن الجهالة أنواع: فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وإن بيّن الثمن لأن الوكيل لا يقدر على الامتثال. ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي فإنها لا تمنع صحة الوكالة وإن يبيّن الثمن. وقال بشر بن غياث: لا تصح الوكالة لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح إلا ببيان وصف المعقود عليه. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية ولم يبيّن صفتها. ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فيحتمل فيها الجهالة اليسيرة استحساناً. وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره. وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد أو شراء أمة أو دار، فإن بيّن الثمن أو النوع يصح ويجعل ملحقاً بجهالة النوع، وإن لم يبيّن الثمن أو النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لأنه يمنع الامتثال. كذا ذكر في الكافي أخذا من المباسيط والجوامع. فأراد المصنف أن يشير إلى هذه الأنواع الثلاثة من الجهالة، وأن يبين حكم كل واحد منها في

مجرداً عن الوصف أو الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الإتيان بما أمر به. واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوماً بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء. والجواب أن الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس، وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه، بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل أن يقول ابتع لي ما رأيت فإنه فوّض الأمر إلى رأيه، فأيّ شيء يشتريه يكون ممتثلاً ويقع عن الآمر (**والأصل أن الجهالة اليسيرة متحملة**

المصنف) أقول: فيه بحث، لأن الحمار نوع وليس بصنف منطقي قوله: (**والأول لا حاجة فيه إلى ذكر شيء**) أقول: من الجنس والنوع والثمن صريحاً ولا بد من ذكر بعضها صريحاً في الثاني، فلا يراد أن يقال في الثاني لا تمس الحاجة إلى تسمية الجنس لما سيجيء أنه إذا سمى نوع الدابة تصح الوكالة، فإن عمم الذكر الضمني أيضاً يقال الجنس والنوع مذكوران ضمناً في الأول، فليتأمل قال المصنف:

التوكيل على التوسعة لأنه استعانة. وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم إن كان اللفظ يجمع أجناساً

باب الوكالة. فقال: (ولأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً) هذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة، وإنما قيد بالاستحسان لأن القياس أن لا تتحمل الجهالة في الوكالة وإن قلّت بناء على أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع أو الشراء، ألا يرى أنا نجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل فلا يجوز إلا بيان وصف المعقود عليه. وجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط) يعني اشتراط بيان الوصف أو اشتراط عدم الجهالة اليسيرة (بعض الحرج وهو مدفوع) شرعاً بالنص (ثم إن كان اللفظ) أي لفظ الموكل (يجمع أجناساً) كالدابة والثوب (أو ما هو في معنى الأجناس) كالدار والرقيق (لا يصح التوكيل وإن بيّن الثمن) هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة، وإنما كان الحكم فيها كذلك (لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس) أي يوجد فرد من كل جنس (فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة) فالوكيل لا يقدر على الامتثال (وإن كان) أي اللفظ (جنساً يجمع أنواعاً) كالعبد والأمة (لا يصح) أي التوكيل (إلا ببيان الثمن أو النوع) هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وإنما كان الحكم فيها كذلك (لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال) أي امتثال أمر الآمر (مثاله) أي مثال هذا النوع من أنواع الجهالة، وإنما ذكر المثل لهذا النوع دون النوعين السابقين لأن مثال ذينك النوعين سيأتي في أثناء مسألة الجامع الصغير، بخلاف هذا النوع وهذا سرّ تفردت ببيانه (إذا وكله) أي إذا وكل رجل رجلاً (بشراء عبد أو جارية لا يصح) أي لا يصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ (لأنه يشمل أنواعاً) أي لأن هذا اللفظ: يعني لفظ عبد وجارية يشمل أنواعاً فلا يدري المراد (فإن بيّن النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد) وفي المغرب المولدة التي ولدت ببلاد الإسلام (جاز) أي التوكيل (وكذا إذا بيّن الثمن لما ذكرناه) أراد به قوله لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً. قال بعض المشايخ: إن كان يوجد بما سمى من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبيّن النوع كذا في الذخيرة (ولو بيّن النوع أو الثمن ولم يبيّن الصفة) وهي (الجودة والرداءة والسطة) أي الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ في أن التاء في آخرها عوّضت عن الواو الساقطة من أولها في المصدر والفعل من حد ضرب (جاز) أي التوكيل (لأنه)أي هذا القدر من الجهالة (جهالة مستدركة) أي يسيرة فلا يبالي بها (ومراده) أي مراد القدوري (من

في باب الوكالة استحساناً) والقياس يأباه لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأن يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل، وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذلك فيما اعتبر به. ووجه الاستحسان ما ذكره (لأن مبنى التوكيل عل التوسعة لأنه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج) فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقاً وحرجاً، وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول: إذا بيّن الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذاك معلوم صحت الوكالة به لا محالة، وإن ترك جميع ذلك وذكر لفظاً يدل على أجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة. وإن بيّن الجنس بأن ذكر لفظاً يدل على أنواع مختلفة، فإن ضم إلى ذكره بيان النوع أو الثمن جازت وإلا فلا، وإن بيّن النوع ولم يبيّن الوصف كالجودة وغيرها فكذلك، وعلى هذا إذا قال لآخر اشتر لي ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة بين الثمن أو لا للجهالة الفاحشة، فإن الدابة في الحقيقة اسم لما يدبّ على وجه الأرض. وفي العرف ينطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع أجناساً كثيرة، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء، ولهذا لا يصح تسميته مهراً، وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحالّ والبلدان فيتعذر الامتثال، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الآمر لتفاحش

(والأصل فيه أن الجهالة الخ) أقول: والاكتفاء بمعلومية الجنس والنوع أو الجنس ومبلغ الثمن على ما علم فيما تقدم من قوله ليصير الفعل الخ قوله: (فلو اعتبرناه لكان إلى قوله: خلف باطل) أقول: فيه شيء قوله: (وإن بيين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك) أقول: يعني فكذلك جازت الوكالة قوله: (فيتعذر الامتثال) أقول: وإن بين الثمن قوله: (إلا إذا وصفها) أقول: مع ذكر الثمن.

أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بيّن الثمن) لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة **(وإن كان جنساً يجمع أنواعاً لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع)** لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال. مثاله: إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعاً فإن بيّن النوع كالتركي والحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد جاز، وكذا إذا بيّن الثمن لما ذكرناه، ولو بيّن النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لأنه جهالة مستدركة، ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع **(وفي الجامع الصغير: ومن قال لآخر اشتر لي ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة)** للجهالة الفاحشة، فإن الدابة

الصفة المذكورة في الكتاب) أي في مختصرة **(النوع)** ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشايخ **(وفي الجامع الصغير: ومن قال لآخر اشتر لي ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة)** أي وإن بيّن الثمن كما ذكر فيما مر، ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعاً على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال: رجل أمر رجلاً أن يشتري له ثوباً أو دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة **(للجهالة الفاحشة، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدّب على وجه الأرض. وفي العرف ينطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناساً)** يعني أن لفظ الدابة حمل على اللغة أو على العرف قد جمع أجناساً فكانت الجهالة فيه فاحشة **(وكذا الثوب)** أي هو أيضاً يجمع أجناساً **(لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء)** أي من الأعلى إلى الأدنى فكانت الجهالة فيه أيضاً فاحشة **(ولهذا لا يصح تسميته)** أي تسمية الثوب **(مهراً)** فإن الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر أيضاً **(وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس)** يعني أن الدار وإن لم تجمع أجناساً حقيقة إلا أنها تجمع ما هو في معنى الأجناس **(لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال)** أي يتعذر الامتثال لأمر الآمر بشراء الأشياء المذكورة لتفاحش الجهالة. قال: **(وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز)** أي التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير. قال المصنف **(معناه)** يعني جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار **(نوعه)** فحينئذ تلتحق بجهالة النوع وهي جهالة يسيرة لا تمنع صحة الوكالة كما مر. قال صاحب النهاية: وتقييده بذكرنوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه: وإن وكله بأن يشتري له داراً ولم يسمّ ثمناً لم يجز ذلك، ثم قال: وإن سمى الثمن لأن بتسمية الثمن تصير معلومة عادة، وإن بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة. والمتأخرون من مشايخنا يقولون في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحلة انتهى. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع. وأنا أقول: في تحقيق المقام: إنما حمل المصنف الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير هاهنا على النوع لئلا يختل معنى المقام، فإنه لو أجرى الجنس هاهنا على معناه الظاهري كان ذكر وصف الجنس مستدركاً بالنظر إلى مسألة الدار ومخلاً بالنظر إلى مسألة الثوب. أما الأول فلأن الموكل إذا سمى ثمن الدار يلغو هناك وصف جنسها، إذ لا مدخل لوصف الجنس في رفع الجهالة، وإنما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن أو ببيان النوع كما تقرر فيما مر قبل. وأما الثاني فلأن الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى: إن وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل، ولا صحة له على تقدير إن كان الجنس يجري على معناه الظاهري، لأن الثوب من قبيل ما يجمع أجناساً فالجهالة فيه فاحشة وهي لا ترتفع. وإن بيّن الثمن، فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس. وأما إذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى في مسألة الثوب بلا غبار، إذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التي تمنع صحة الوكالة قطعاً، وإنما يبقى

الجهالة، إلا إذا وصفها فإنها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن، وإذا قال اشتر لي عبداً أو جارية لا يصح لأن ذلك يشمل أنواعاً، فإن قال عبداً تركياً أو حبشياً أو مولداً وهو الذي ولد في الإسلام أو قال جارية هندية أو رومية أو فرساً أو بغلاً صحت، لأن بذكر النوع تقلّ الجهالة، وكذا إذا قال عبداً بخمسمائة أو جارية بألف صحت لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً عادة فلا يمتنع الامتثال. وتبيّن من هذا أنه إذا ذكر النوع أو الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة، وإن لم يذكر الصفة: أي الجودة والرداءة والسطة. وفائدة ذكر الجامع الصغير بيان اشتمال لفظة على أجناس مختلفة كما أشرنا إليه. قال:

في حقيقة اللغة اسم لما يدبّ على وجه الأرض. وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناساً، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحالّ والبلدان فيتعذر الامتثال. قال: **(وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز)** معناه نوعه، وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن

الكلام في مسألة الدار فإنها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع، مع أن تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط، بل في رواية عامة الكتب، فتصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب، لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز في المسائل الشرعية، فيجوز أن يكون الأمر هاهنا أيضاً كذلك، فيكون مدار رواية الجامع الصغير على أن الجهالة في الدار فاحشة كما بينه المصنف، ومدار رواية تلك الكتب على أن الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا به. ثم إنا إن جعلنا وصف النوع في حق الدار بيان المحلة صار ما ذكره في الجامع الصغير عين ما قاله المتأخرون من مشايخنا وكان موافقاً لما ذكر في كثير من الكتب فتأمل. قال المصنف: **(وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حماراً ونحوه)** أي يصح التوكل بشراء الحمار ونحوه وإن لم يبيّن الثمن، وبه صرح في المبسوط لأن الجنس صار معلوماً بتسمية النوع، وإنما بقيت الجهالة في الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن. فإن قيل: الحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء، ومنها لا يصلح إلا للحمل عليه. قلنا: هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوماً بمعرفة حال الموكل حتى قالوا: إن القاضي أو الوالي إذا أمر إنساناً بشراء حمار ينصرف إلى ما يركب مثله، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز عليه، بخلاف ما لو أمره الفاليزي بذلك، كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح. أقول: بقي هاهنا كلام، وهو أن ما ذكره المصنف هاهنا مخالف لما ذكره في باب المهر في مسألة التزوّج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك: معنى هذه المسألة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوّجها على فرس أو حمار انتهى. فقد جعل الحمار هناك جنساً وهنا نوعاً والتوجيه الذي ذكره صاحب العناية هناك من أنه أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح أهل المنطق ليس بجيد، إذ قد صرح المصنف هاهنا بأن الحمار نوع، ولا شك أن مراده بالنوع هاهنا ما هو مصطلح الفقهاء وإلا للزم بيان ثمن الحمار أيضاً، وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنساً على مصطلح الفقهاء أيضاً **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاماً فهو على الحنطة ودقيقها)** وإنما قيد بدفع الدراهم الخ لأنه إذا لم يدفع إليه دراهم وقال اشتر لي طعاماً لم يجز على الآمر لأنه لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث أن الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له كذا في الكافي وغيره، وما ذكر في الكتاب استحسان **(والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة)** أن لحقيقة الطعام **(كما في اليمين على الأكل)** يعني إذا حلف لا يأكل طعاما يحنث بأكل أي طعام كان **(إذ الطعام اسم لما يطعم)** بحسب الحقيقة **(وجه الاستحسان أن العرف أملك)** أي أقوى وأرجح بالاعتبار من الحقيقة **(وهو)** أي العرف **(على ما ذكرناه)** أي على الحنطة ودقيقها **(إذا ذكر)** أي الطعام **(مقروناً بالبيع والشراء)** يعني أن العرف في شراء الطعام إنما يقع على الحنطة ودقيقها، وبائع

(ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاماً الخ) ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاماً يقع على الحنطة ودقيقها استحساناً، والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة، كما إذا حلف لا يأكل طعاماً إذ الطعام اسم لما يطعم

قال المصنف: **(وإن سمى ثمن الدار، إلى قوله: جاز معناه نوعه)** أقول: وفي شرح الجامع الصغير للإمام التمرتاشي: ولو قال اشتر لي حماراً أو فرساً أو ثوباً يهودياً أو هروياً صح التوكيل وإن لم يبين الثمن، لأن هذه جهالة يسيرة يمكن دركها بحال الآمر. ولو قال اشتر لي جارية أو عبداً أو لؤلؤة أو داراً، إن بين الثمن صحت الوكالة وإلا فلا، لأن جهالة هذه الأشياء أكثر من جهالة الفرس وأقل من جهالة الثوب، فإن بين الثمن ألحق بجهالة الفرس، وإن لم يبين ألحق بجهالة الثوب انتهى. ولا يخفى عليك مخالفة المذكور في الهداية لما في هذا الكتاب.

قال حماراً أو نحوه. قال: (**ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاماً فهو على الحنطة ودقيقها**) استحساناً. والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم. وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ما ذكرناه إذا ذكر مقروناً بالبيع والشراء، ولا عرف في الأكل فبقي على

الطعام في الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص، كذا في المبسوط. وقال في الكافي: ولهذا لو حلف لا يشتري طعاماً لا يحنث إلا بشراء البرّ ودقيقه (**ولا عرف في الأكل فبقي على الوضع**) أي فبقي الطعام في حق الأكل على الوضع والحقيقة، ولهذا يحنث في اليمين على الأكل بأكل أيّ مطعوم كان. قالوا: هذا الذي ذكر في شراء الطعام من انصرافه إلى الحنطة ودقيقها إنما هو عرف أهل الكوفة فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام، وأما في عرف غيرهم فينصرف إلى شراء كل مطعوم. وقال بعض مشايخ ما وراء النهر: الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل إليه. قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى، كذا في الذخيرة وغيرها (**وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة، وإن قلّت فعلى الخبز، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق**) هذا بظاهره يدل على أن ما ذكره أولاً مطلق: أي سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة إذا وكل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها، وهذا الذي ذكره ثانياً وعبر عنه بلفظ قيل مخالف للأول وهو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني كما ذكره الصدر الشهيد في أول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير وعزاه الإمام قاضيخان في فتاواه إلى شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده... ولكن قال صاحب النهاية: إنه ليس بقول مخالف للأول بل هو داخل في الأول، وإليه أشار في المبسوط والذخيرة فقال في المبسوط بعد ذكر ما قلنا: ثم إن قلّت الدراهم فله أن يشتري بها خبزاً، وإن كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز، لأن ادّخاره غير ممكن، وإنما يمكن الادخار في الحنطة. وذكر في الذخيرة: وإذا وكل رجلاً بأن يشتري له طعاماً ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحساناً، وينصرف التوكيل إلى الحنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف إلا الخبز، فالتوكيل ينصرف إلى الخبز إلى آخره. ثم قال: قال القدوري: إذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم أن مراده من التوكيل الخبز وإن كثرت الدراهم، فإذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر إلى هاهنا كلام صاحب النهاية. وقال صاحب العناية بعد نقل رأي صاحب النهاية هاهنا من أن المعبر عنه بقيل غير مخالف للأول بل هو داخل فيه. وأقول: في تحقيق ذلك العرف يصرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم إلى الحنطة ودقيقها، والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين أفراد ما عينه العرف. وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة

(**وجه الاستحسان أن العرف أملك**) أي أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس، والعرف في شراء الطعام أن يقع على الحنطة ودقيقها. قالوا: هذا عرف أهل الكوفة، فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام، أما في عرف غيرهم فينصرف إلى كل مطعوم. قال بعض مشايخ ما وراء النهر: الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل إليه. وقيل إن كثرت الدراهم على الحنطة، وإن قلّت فهو على الخبز، وإن كان بين ذلك فعلى الدقيق، وهذا بظاهره يدل على أن ما ذكره أوّلاً مطلق: أي سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة إذا وكل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الحنطة ودقيقها، وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للأوّل وهو قول أبي جعفر الهندواني، ولكن ذكر في النهاية أنه ليس بقول مخالف للأول بل هو داخل في الأول، وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله: قال

ثم أقول: ويحتمل أن يكون الواو في قول المصنف ووصف جنس الدار بمعنى أو حتى لا يخالف ما في سائر الكتب كالكافي وغيره. نعم الموافق لكلامه السابق إبقاء الواو على معناه فليتأمل قوله: (**وأرجح بالاعتبار من القياس**) أقول: الأولى أن يقال من الحقيقة.

الوضع، وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة، وإن قلت فعلى الخبز، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق. قال: **(وإذ اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده)** لأنه من حقوق العقد وهي

ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاماً فاشترى بها خبزاً وقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك انتهى. وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال: نسبة هذا الكلام إلى نفسه عجيب، فإن صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة. ولا يذهب عليك أن ما ذكره بقوله أقول هو ما في الذخيرة بعينه انتهى. وأقول: لا يذهب على المتأمل في كلام صاحب العناية أن نسبته إلى نفسه ليست بمحل التعجب لأنه أراد بيان وجه ما ذكر أولاً من أصل المسألة وبيان طريق دخول ما ذكر ثانياً بقيل في الأول وبيان التوفيق بين ما ذكره القدوري وبين ما ذكر هاهنا بقيل. وفي الذخيرة بتحكم الدراهم وقصد إفادة هذه المعاني الثلاثة بقيل داخل في الأول، وقد ذكر فيه الخبز أيضاً دون الأول، وكيف يصح ما ذكر في التحقيق المزبور من أن الدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين أفراد ما عينه العرف، والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ما ذكر فيه. لا يقال: يجوز أن يدرج الخبز في الحنطة ودقيقها المذكورين أو أن يجعل في حكمهما فيكتفي بذكرهما عن ذكره. لأنا نقول: لا مجال لشيء من ذلك لأنهم جعلوا الخبز قسيماً للحنطة ودقيقها في الذكر والحكم حيث قالوا: إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة، وإن قلّت فعلى الخبز، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فأنى يتيسر ذلك. نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها في الذخيرة في أصل المسألة وبيان تحكيم الدراهم كما مرّ تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية، فحينئذ لا إشكال، ولكن الكلام في تصحيح مسألة الكتاب ومسألة المبسوط على القول بكون الكلام الثاني داخلاً في الأول فتأمل. **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب)** أي فللوكيل أن يردّ ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه **(ما دام المبيع في يده، لأنه)** أي الردّ بالعيب **(من حقوق العقد)** أي من حقوق عقد الشراء **(وهي كلها إليه)** أي الحقوق كلها ترجع إلى الوكيل في مثل هذا العقد **(فإن سلمه إلى الموكل)** أي فإن سلم الوكيل المبيع إلى الموكّل **(لم يردّه إلا بإذنه)** أي لم يردّه على البائع إلا بإذن الموكل **(لأنه انتهى حكم الوكالة)** أي انتهى حكم الوكالة بتسليمه إلى الموكل فخرج من الوكالة والقطع حقه **(ولأن فيه)** أي في الردّ بالعيب بعد التسليم إلى الموكل **(إبطال يده)** أي يد الموكل **(الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه)** أي بإذن الموكل الذي هو صاحب اليد الحقيقية

في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا: ثم إن قلّت الدراهم فله أن يشتري بها خبزاً، وإن كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز لأن ادّخاره غير ممكن، وإنما يمكن الادخار في الحنطة. أقول: في تحقيق ذلك العرف ينصرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم إلى الحنطة ودقيقها، والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين أفراد ما عينه العرف. وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حمل به عليه، مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاماً فاشترى بها خبزاً وقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك. قال: **(وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب الخ)** وإذا اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب، فإما أن يكون المشتري بيده أو دفعه إلى الموكل، فإن كان الأول جاز له أن يردّه إلى البائع بغير إذن الموكل، لأن الردّ بالعيب من حقوق العقد وهي كلها إليه، وإن كان الثاني لم يرده إلا بإذنه لانتهاء حكم الوكالة، ولأن في الردّ إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه **(ولهذا)** أي ولكون الحقوق كلها إليه **(كان خصماً لمن يدعي في المشتري**

قوله: **(وأقول في تحقيق ذلك العرف ينصرف الخ)** أقول: نسبة هذا الكلام إلى نفسه عجيب، فإن صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة، فقال بعد نقل كلام المبسوط: وذكر في الذخيرة: وإذا وكل رجلاً بأن يشتري له طعاماً ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحساناً وينصرف التوكيل إلى الحنطة ودقيقها وخبزها، وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف إلا الخبز الخ فالتوكيل ينصرف إلى الخبز، ولا يذهب عليك أن ما ذكره بقوله أقول هو ما في الذخيرة بعينه
قوله: **(إلى الحنطة ودقيقها)** أقول: الأولى أن يقول وخبزها أيضاً.

كلها إليه (فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه) لأنه انتهى حكم الوكالة، ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه، ولهذا كان خصماً لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده. قال: (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر، ومراده التوكيل

(ولهذا) أي ولأجل كون الحقوق كلها إلى الوكيل كذا قيل في كثير من الشروح. أقول: فيه نظر لأن هذا التفسير إنما يتم بالنظر إلى قول المصنف فيما سيأتي قبل التسليم إلى الموكل لا بالنظر إلى قوله لا بعده كما لا يخفى، مع أن كلا منهما في حيز هذا التفريع كما ترى. فالحق في التفسير أن يقال: أي لما ذكرنا من الأدلة على جواز الردّ في صورة وعدم جوازه في أخرى (كان) أي الوكيل (خصماً لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع) إذا ادعى حق الشفعة في المشتري (وغيره) أي وغير الشفيع كمن يدّعي الاستحقاق في المشتري من حيث الملك (قبل التسليم إلى الموكل) متعلق بقوله كان خصماً: أي كان الوكيل خصماً لذلك المدعي قبل التسليم إلى الموكل (لا بعده) أي لم يكن خصماً له بعد التسليم إليه (قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) يعني إذا وكل شخصاً أن يعقد عقد الصرف أو يسلم في مكيل مثلاً ففعل جاز لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعاً للحاجة (على ما مر) في أول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره. قال جمهور الشراح: يرد عليه مسألة الوكالة من جانب المسلم إليه فإنها لا تجوز مع أن المسلم إليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز، فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من أجاب عنه. فقال صاحب غاية البيان: فجوابه أن القياس أن لا يملكه المسلم إليه أيضاً لكونه بيع المعدوم، إلا أنه جوّز ذلك من المسلم إليه رخصة له دفعاً لحاجة المفاليس. وقد روي «أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم» وما ثبت بخلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص فلم يجز توكيله غيره. أو نقول: جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس، والثابت بالضرورة يتقدّر بقدر الضرورة، فلم يظهر أثره في التوكيل ولم يرد نقضاً على الكلي الذي قاله القدوري، لأن تملك المسلم إليه العقد بنفسه لعارض الضرورة، والعوارض لا تقدح في القواعد. وقال هذا ما سمح به خاطري في هذا المقام، وقد تبعه صاحب العناية في كلا وجهي جوابه ولكنه أجملهما. أقول: في كل أحد منهما نظر. أما في الأول فلأنه منقوض بعقد الإجارة مثلاً لأنه كما يجوز أن يباشره الإنسان بنفسه يجوز أن يوكل به غيره بلا خلاف، مع أنه ثابت أيضاً على خلاف القياس بالنص كما سيأتي في أول كتاب الإجارة. ثم إن الظاهر أن مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه، فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافي الاقتصار على مورد النص، كما أن جوازه في عقد الإجارة لم يناف الاقتصار على مورد النص لأجل ذلك. وأما في الثاني فلأنه مع انتقاضه أيضاً بمثل عقد الإجارة يرد عليه أن في التوكيل أيضاً ضرورة دفع الحاجة سيما إذا كان الموكل مريضاً أو شيخاً فانياً أو نحو

دعوى كالشفيع وغيره) كالمستحق (قبل التسليم إلى الموكل) قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم الخ) إذا وكل شخصاً بأن يعقد عقد الصرف أو يسلم في مكيل مثلاً ففعل جاز لأنه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في أول كتاب الوكالة، ولو وكله بأن يقبل السلم لا يجوز لأن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره، وذلك لا يجوز لأن من باع ملك نفسه العين على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون. واعترض بأن قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب أن يملكه الوكيل حفظاً للقاعدة المذكورة عن الانتقاض، وبأن التوكيل بالشراء جائز لا محالة، والثمن يجب

قوله: (ولهذا: أي ولكون الحقوق كلها إليه) أقول: الشارح تبع في هذا التفسير الإتقاني، وفيه بحث، فإن الأولى أن يقول: أي لما ذكر من الأدلة على جواز الرد قبل التسليم وعدم جوازه بعده إلا بإذنه، إذ لا يتفرع قوله لا بعده على ما ذكره مع أنه مذكور في حيز التفريع، ولتفطنه على ذلك لم يذكر الشارح قوله لا بعده، بخلاف الإتقاني فليتأمل.

بالإسلام دون قبول السلم لأن ذلك لا يجوز، فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره، وهذا لا

ذلك، فيكون الثابت بالضرورة مقدراً بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم إليه أيضاً. لا يقال: إنما جاز بيع المعدوم في عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس إلى الثمن لا لمطلق الضرورة. والذي يتحقق في التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل إلى العمل لا غير. لأنا نقول: بل يتحقق في التوكيل عند الحاجة إليه ضرورة دفع حاجة المفاليس إلى الثمن أيضاً مع زيادة، فإن المفلس العاجز عن المباشرة بنفسه إذا لم يقدر على توكيل غيره لقبول السلم تشتد حاجته إلى الثمن. قال المصنف **(ومراده التوكيل بالإسلام)** أي مراد القدوري بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالإسلام، وهو توكيل ربّ السلم غيره بأن يعقد عقد السلم، ولفظ الإسلام إنما يستعمل من جانب رب السلم. يقال: أسلم في كذا: إذا اشترى شيئاً بالسلم **(دون قبول السلم)** أي ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم إليه **(لأن ذلك)** أي لأن التوكيل بقبول السلم **(لا يجوز فإن الوكيل)** حينئذ **(يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره)** أي الموكل **(وهذا لا يجوز)** لأنه من باع ملك نفسه من الأعيان على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون نص على ذلك محمد في باب الوكالة بالسلم من البيوع. وإذا بطل التوكيل من المسلم إليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له، فإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضاً له عليه، كذا في المبسوط وغيره. فإن قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء، فإن الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم إليه غيره بقبول السلم على أن يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية. فإن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه كالثمن في ذمة المشتري. قلنا: بين الدينين فرق، فإن المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز هنا، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وقال صاحب العناية في الجواب عن السؤال المذكور: إن كلامنا فيما إذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله، وما ذكرتم ليس كذلك فإن الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم

في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز أن يكون المال للمسلم إليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه. وأجيب عن الأول بأن الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس. والثابت بالضرورة يتقدّر بقدرها فلا يتعدى إلى جواز التوكيل به، والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص، والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى إلى الآمر به، وعن الثاني بأن كلامنا فيما إذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله، وما ذكرتم ليس كذلك فإن الموكل في الشراء يملك المبدل ويلزم البدل في ذمته. فإن قيل: فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء. فالجواب هو الجواب عن السؤال الأوّل المذكور آنفاً، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له، فإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضاً عليه، ولا فرق في ذلك بين أن يضيف العقد إلى نفسه أو إلى الآمر لإطلاق ما يدل على بطلانه، ولا بد من قبض بدل الصرف ورأس المال السلم في المجلس، فإن قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان مما يتعلق به الحقوق أو ممن لا يتعلق به كالصبيّ والعبد المحجور عليه فإن قبضه صحيح وإن لم يكن لازماً **(فإن فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض)** قال شيخ الإسلام:

قال المصنف: **(فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره)** أقول: لأن الحقوق ترجع إليه فيكون الطعام ديناً في ذمته، كما أن الثمن يكون ديناً في ذمة الوكيل بالشراء فليتأمل، فإنا لا نسلم أن الثمن دين في ذمة الوكيل قوله: **(فلم لا يجوز أن يكون المال الخ)** أقول: يعني أن يكون الثمن قوله: **(وبالنص على خلاف القياس)** أقول: المراد من النص هو ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم» كما مر في أول باب السلم قوله: **(فالجواب هو الجواب عن السؤال الخ)** أقول: جواب بتغيير الدليل واعتراف بعدم تمام الدليل الأول.

يجوز. **(فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد)** لوجود الافتراق من غير قبض **(ولا يعتبر مفارقة الموكل)** لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد

البدل في ذمته. وقال: فإن قيل: فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء. فالجواب هو الجواب عن السؤال الأول المذكور آنفاً انتهى كلامه. أقول: إنه عدل هاهنا عن نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن أفسد، لأن مآل جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذي ذكره المصنف، والمصير إلى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الأول الذي حاصله أن جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة، فيقتصر على مورد النص ويتقدّر بقدر الضرورة فلا يتعدى إلى الآمر به. والدليل الذي ذكره المصنف مما تلقته السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذي ذكره غيره. على أن الجواب عن السؤال الأول قد عرفت عدم تمامه بما أوردنا عليه فيما قبل **(فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد)** هذا لفظ القدوري في مختصره: أي إن فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد **(لوجود الافتراق من غير قبض)** يعني أن من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس، فإذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد. قال صاحب النهاية: هذا إذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً في مجلس العقد يصير كأنّ الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل، كذا ذكره الإمام خواهر زاده. قال الزيلعي في التبيين: وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر انتهى. **(ولا تعتبر مفارقة الموكل)** أي لا تعتبر مفارقته قبل القبض **(لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه)** أي قبض الوكيل بدل الصرف **(وإن كان لا يتعلق به الحقوق)** أي وإن كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد **(كالصبيّ والعبد المحجور عليه)** لأن القبض في الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد: أقول: لو قال المصنف في أثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه والقبض منه لكان أولى وأليق، إذ لا يخفى أن المدعي هاهنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لبابي الصرف والسلم، كما أن قوله فيما قبله فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما. والدليل الذي ذكره هاهنا خاص بباب الصرف لأن التوكيل في باب السلم إنما يصح من جانب ربّ السلم لا من جانب المسلم إليه كما مر، والوكيل من جانب ربّ السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه فكان الدليل قاصراً عن إفادة تمام المدعي، بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرنا فتدبر **(بخلاف الرسول)** متعلق بقوله فيصح قبضه. ومعناه أن الرسول إذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفي بعض النسخ بخلاف الرسولين: أي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم، وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم: أي من جانب ربّ السلم

هذا إذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً فيه فإن الموكل يصير كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل. وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر، ومفارقة الموكل غير معتبرة لأنه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد قوله: **(بخلاف الرسول)** متعلق بقوله فيصح قبضه، ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسولين: أي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم، وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم: أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم إليه، لأنه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك الرسول، ومعناه أن الرسول إذا قبض لا يصح العقد بقبضه **(لأن الرسالة في العقد لا في القبض)** وإلا لكان افتراق بلا قبض، وإذا كانت

قوله: **(وهو مشكل، فإن الوكيل أصيل في باب البيع الخ)** أقول: وهذا الإشكال توارد على الزيلعي أيضاً. ونص عبارته: قال في النهاية: هذا إذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه إلى خواهر زاده. وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر. ثم ذكر فيه بعده بأسطر

المحجور عليه، بخلاف الرسول لأن الرسالة في العقد لا في القبض، وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول

ومن جانب المسلم إليه، لأنه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا في الشروح **(لأن الرسالة في العقد لا في القبض)** وذلك لأن الكلام هاهنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في بابي الصرف والسلم، ورسالة الرسول في العقد إنما تثبت في العقد لا في القبض، لأن القبض خارج عن العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيه هذا. وقال صاحب العناية في توضيح قوله لأن الرسالة في العقد لا في القبض: وإلا لكان افتراق بلا قبض، وفصل بعض الفضلاء مراده بأن قال: فإن ذلك إنما يكون إذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله إذ لا معنى للإرسال قبل المفارقة انتهى. أقول: فيه بحث، لأن هذا إنما يفيد أن لا تكون الرسالة في القبض فقط، لا أن تكون في العقد والقبض معاً، وبدون دفع هذا الاحتمال أيضاً لا يتم المطلوب هاهنا كما لا يخفى تأمل **(وينتقل كلامه إلى المرسل)** أي وينتقل كلام الرسول في العقد إلى المرسل **(فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح)** أي لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به. أقول: هاهنا إشكال، وهو أن الرسالة في السلم إنما تجوز من جانب رب السلم لا من جانب المسلم إليه كالوكالة فيه على ما صرحوا به، فالمراد بالرسول في باب السلم هو الرسول من جانب ربّ السلم فقط، ولا شك أن وظيفة رب السلم هي العقد وتسليم رأس المال لا قبضه الذي هو من شرط عقد السلم، وإنما القبض وظيفة المسلم إليه فلا يتم الكلام بالنظر إلى الرسول في باب السلم كما لا يخفى. ثم إن هذا الإشكال ظاهر على نسخة، بخلاف الرسولين وهي نسخة أطبق عليها الشراح حتى أن صاحبي النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكر النسخة الأخرى أصلاً وصاحب غاية البيان جعلها أصلاً وذكر الأخرى نسخة وفسر كلهم الرسولين بالرسول في الصرف والرسول في السلم. وأما على نسخة بخلاف الرسول فكذلك إن جعل الرسول عاماً للرسول في الصرف والرسول في السلم كما ذهب إليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول في الصرف والرسول في السلم، وكما أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال: بخلاف الرسول: أي في الصرف والسلم انتهى. وأما إذا جعل مخصوصاً بالرسول في الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقاً لمتعلقه وهو قوله فيصح قبضه، فإن المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به أكثر الشراح فيرتفع الإشكال **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع)** لم يكن متبرّعاً **(فله أن يرجع به)** أي بالثمن **(على الموكل لأنه انعقدت بينهما)** أي بين الوكيل والموكل **(مبادلة حكمية)** أي بيع حكمي فصار الوكيل كالبائع من الموكل. قال صاحب غاية البيان في تعليل هذا لأن الملك ينتقل إلى الوكيل أوّلاً ثم ينتقل منه إلى الموكل انتهى. أقول: هذا شرح لكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه، لأن انتقال الملك أوّلاً إلى الوكيل ثم إلى الموكل طريقة الكرخي، والمصنف قد اختار فيما مرّ طريقة أبي طاهر، وقال: هوالصحيح احترازاً عن طريقة الكرخي كما صرح به الشراح قاطبة هناك، ومنهم هذا الشارح. وطريقة أبي طاهر

فيه ينتقل كلامه إلى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح. قال: **(وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله)** إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعاً فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية: أي صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت أمارتها، فإنهما إذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان، وإذا وجد الموكل عيباً بالمشتري يرده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة. فإن قيل: ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلاً عليه؟

فقال: المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضره، وعزاه إلى وكالة المبسوط وإطلاقه، وإطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلاً وإن كان حاضراً انتهى، وعليك بالتأمل قوله: **(لأنه كما لا يجوز إلى قوله: فكذلك الرسول)** أقول: لعموم الدليل لنفي الرسالة أيضاً كما يتفهم من قوله لإطلاق ما يدل على بطلانه فليتأمل، والمراد من الدليل في قولنا لعموم الدليل الخ قوله ما ثبت ضرورة أو على خلاف القياس لا يتعدى.

قبض غير العاقد فلم يصح. قال: **(وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل)** لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل يكون راضياً بدفعه من ماله **(فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن)** لأن يده كيد

ثبوت الملك ابتداء للموكل، لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله، فالوجه أن يحمل مراد المصنف هنا أيضاً على ذلك، فإن الملك وإن ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبي طاهر إلا أنه يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب إليه الشافعي. ولا يخفى أن هذا القدر كاف في انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وإن لم يكن كافياً في المبادلة الحقيقية **(ولهذا)** أي ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما **(إذا اختلفا في الثمن يتحالفان)** والتحالف من خواص المبادلة **(ويردّ الموكل بالعيب على الوكيل)** أي وإذا وجد الموكل عيباً بالمشتري رده على الوكيل، وهذا أيضاً من خصائص المبادلة. لا يقال: ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلاً عليها. لأنا نقول: هذا دليل إنّي لا دليل لميّ فلا ينافي الفرعية تأمل **(وقد سلم المشتري للموكل)** أي والحال أنه قد سلم المشتري للموكل **(من جهة الوكيل فيرجع عليه)** أي فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن. والحاصل أنه لما كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعاً **(ولأن الحقوق)** دليل آخر **(لما كانت إليه)** أي لما كانت راجعة إلى الوكيل **(وقد علمه الموكل)** أي علم رجوعها إليه **(فيكون)** أي الموكل **(راضياً بدفعه)** أي بدفع الثمن **(من ماله)** أي من مال الموكل. وتحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير أمر الموكل، والأمر ثابت هنا دلالة لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم أنه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضياً بذلك آمراً به دلالة **(فإن هلك المبيع في يده)** أي في يد الوكيل **(قبل حبسه)** أي قبل حبس الوكيل المبيع **(هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن)** أي لم يسقط عن الموكل، هذا لفظ القدوري: يعني أن هلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه إياه لا يسقط الرجوع على الموكل **(لأن يده)** أي يد الوكيل **(كيد الموكل، فإذا لم يحبسه)** أي الوكيل **(يصير الموكل قابضاً بيده)** أي بيد الوكيل، فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يسقط الرجوع **(وله)** أي للوكيل **(أن يحبسه)** أي يحبس المبيع عن الموكل **(حتى يستوفي الثمن)** سواء كان الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لم يدفع، كذا في الشروح نقلاً عن المبسوط. قال في الذخيرة: لم يذكر محمد في شيء من الكتب أن الوكيل إذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع إليه هل له حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفي الدراهم منه. وحكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني أن له ذلك، وأنه صحيح لأن حق الحبس للوكيل في موضع نقد الثمن لأجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل، وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى. وقال صاحب غاية البيان: قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة، وكيف خفي عليه هذا. وقد صرح محمد في الأصل في باب الوكالة في الشراء فقال: وإذا وكل الرجل رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل

قلنا: الفرع المختص بأصل وجوده يدل على وجود أصله فلا امتناع في كونه دليلاً، وإنما الممتنع كونه علة لأصله، وإذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته يرجع عليه قوله: **(ولأن الحقوق)** دليل آخر. وتحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير إذن الموكل، والإذن ثابت هاهنا دلالة لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جملتها الدفع علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضياً بذلك آمراً به دلالة. وهلك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا

قوله: **(وإلا لكان افتراق الخ)** أقول: فإن ذلك إنما يكون إذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله، إذ لا معنى للإرسال قبل المفارقة قوله: **(أي صار الوكيل كالبائع من المشتري)** أقول: الظاهر أن يقال كالبائع من الموكل.

الموكل، فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضاً بيده (وله أن يحبسه حتى يستوفي الثمن) لما بينا أنه بمنزلة البائع من

وقبضه فطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول أبي حنيفة، وإن كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء، إلى هنا لفظ محمد في الأصل انتهى. قال المصنف (لما بينا أنه) أي الوكيل (بمنزلة البائع من الموكل) أشار به إلى قوله لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشتري بقبض الثمن فكذا للوكيل، وهذا لا يفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لا. (وقال زفر: ليس له ذلك) أي ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن (لأن الموكل صار قابضاً بيده) أي بيد الوكيل: يعني أن الموكل صار قابضاً بقبض الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل (فكأنه سلمه إليه) أي فكأنّ الوكيل سلم المبيع إلى الموكل (فيسقط حق الحبس) تشريحه أن يد الوكيل يد الموكل حكماً، فلو وقع في يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس، وكذا إذا وقع في يده حكماً (قلنا) لنا طريقان في الجواب عنه: مدار أحدهما تسليم أن الموكل صار قابضاً بقبض الوكيل. ومدار الآخر منع ذلك. فأشار إلى الأول بقوله (هذا) أي هذا القبض (مما لا يمكن التحرز عنه) يعني سلمنا أن الموكل صار قابضاً بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لأن الوكيل لا يتوسل إلى الحبس ما لم يقبض، ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضاً، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل في الحبس، لأن سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه، ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له إلى التحرز عنه، وإذا كان كذلك (فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس) وأشار إلى الطريق الثاني بقوله (على أن قبضه موقوف) يعني على أنا لا نسلم أن الموكل صار قابضاً بقبض الوكيل بل قبض الوكيل في الابتداء موقوف: أي متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لإحياء حق نفسه، وإنما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه (فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه) يعني إن لم يحبسه عن الموكل عرفنا أنه كان عاملاً للموكل فيقع له، وإن حبسه عنه عرفنا أنه كان عاملاً لنفسه وأن الموكل لم يصر قابضاً بقبضه (فإن حبسه) أي حبس الوكيل المبيع (فهلك) أي المبيع (كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف) يعني يعتبر الأقل من قيمته ومن الدين، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة (وضمان المبيع عند محمد) يعني يسقط به الثمن قليلاً كان أو كثيراً، وهذا الذي ذكره القدوري في مختصره ولم يذكر فيه قول أبي حنيفة كما لم يذكر في المختلف والحصر وغير ذلك، ولكن قال الشيخ أبو نصر البغدادي:

يسقط الرجوع لأن يده كيد الموكل، فإذا لم يحبس صار الموكل قابضاً بيد الوكيل، فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يبطل الرجوع. وللوكيل أن يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل، وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن، وعلى هذا لا فصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لا. وقال زفر رحمه الله: ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضاً بيد الوكيل فصار كأنه سلمه إليه. والحبس في السلم غير متصور، وإنما في ذلك طريقان: أحدهما أن يقال التسليم الاختياري يسقط حق الحبس لأن المبادلة تقتضي الرضا، وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضرورياً لا يمكن التحرّز عنه لأن الوكيل لا يتوسل إلى الحبس ما لم يقبض، ولا يمكن أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضاً فلا يسقط حق الحبس. والثاني: أن يقال إن قبض الوكيل في الابتداء متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لإحياء حقه، وإنما يتبين أحدهما بحبسه فكان الأمر فيه موقوفاً في الابتداء، إن لم يحبسه عنه عرفنا أنه كان عاملاً للموكل، وإن حبسه كان عاملاً لنفسه وأن الموكل لم يصر قابضاً بقبضه، فإن حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن. عند أبي يوسف يعتبر الأقل من

قوله: (وتحقيقه أن التبرع، إلى قوله: ها هنا دلالة) أقول: الأظهر تبديل الآذن بالآمر؛ ألا يرى إلى قوله آمراً به قوله: (والحبس في السلم غير متصور) أقول: يعني غير متصور شرعاً قوله: (لأن المبادلة تقتضي الرضا الخ) أقول: فيه تأمل قوله: (والثاني أن يقال الخ) أقول: جواب يمنع قوله لأن الموكل صار قابضاً بيده كما أن الأول جواب بعد تسليمه.

الموكل. وقال زفر: ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضاً بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس. قلنا: هذا لا يمكن التحرز عنه، فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس، على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه **(فإن حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف وضمان المبيع عند محمد)** وهو قول

ذكر في الجامع قول أبي حنيفة مثل قول محمد، فلذلك قال المصنف **(وهو)** أي قول محمد **(قول أبي حنيفة)** ولم يقل رأساً وضمان المبيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما هو اللائق المعتاد فيما إذا اتحد قولهما **(وضمان الغصب عند زفر)** يعني يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت. قال في العناية: فلا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إذا كانت قيمته أكثر انتهى. وهو المفهوم مما ذكر في أكثر الشروح. وقال الشارح تاج الشريعة: فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر انتهى. وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية، وهو الظاهر عندي على قول زفر تأمل تقف **(لأنه)** أي الحبس **(منع بغير حق)** لما مر أن قبض الوكيل قبض الموكل، وليس له حق الحبس فيه فصار غاصباً **(لهما)** أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله **(أنه)** أي الوكيل **(بمنزلة البائع منه)** أي من الموكل كما تقدم **(فكان حبسه لاستيفاء الثمن)** إذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن **(فيسقط)** أي الثمن **(بهلاكه)** أي بهلاك المبيع. واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبس. وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملاً لنفسه فتقوي جهة كونه بائعاً فلزم الضمان، وأما إذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبه الرسول فهلك عنده أمانة كذا في العناية. أقول: لقائل أن يقول كما أنه يشبه الرسول يشبه البائع أيضاً لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر، فإن لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما إذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان في هذه الصورة كما لا يخفى، وإن جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار في هذه الصورة فمع عدم ظهور عل الإسقاط فيها يلزم أن لا يتمشى فيها ما ذكر فيما سبق من تعليل مسألة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما إذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع أن تلك المسألة شاملة لصورتي الحبس وعدم الحبس، وعلتها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتأمل **(ولأبي يوسف أنه)** أي الهالك **(مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن)** أي بعد أن لم يكن مضموناً لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس كما تقدم وصار مضموناً بعد الحبس، وكل ما هو كذلك فهو بمعنى الرهن، أشار إليه بقوله **(وهو الرهن بعينه)** يعني هو بمعنى الرهن، وهذا لإثبات مدعاه، وقوله **(بخلاف المبيع)** لنفي قولهما: يعني أن المشتري المحبوس هاهنا ليس كالمبيع **(لأن البيع ينفسخ بهلاكه)** أي بهلاك المبيع **(وهاهنا لا ينفسخ أصل العقد)** يعني الذي بين الوكيل وبائعه. وأجاب

قيمته ومن الثمن، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة البيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة. وضمان البيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة يسقط الثمن به قليلاً كان أو كثيراً. وضمان الغصب عند زفر يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت، ولا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر. زفر يقول: منعه حقه بغير حق لما ذكرنا أن قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصباً **(ولهما)** أي لأبي حنيفة ومحمد **(أن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل)** كما تقدم، والبائع حبسه إنما هو لاستيفاء الثمن، فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع. واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبس. وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملاً لنفسه فتقوى جهة كونه بائعاً فلزم الضمان، وأما إذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبه الرسول فهلك

قوله: **(ولا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر)** أقول: مخالف لشرح الوقاية لصدر الشريعة قال فيه: وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة فيطالب الخمسة من الموكل انتهى. أراد بقوله بالعكس أن تكون القيمة عشرة والثمن خمسة عشر قوله: **(وليس له حق الحبس فيه صار غاصباً)** أقول: الأظهر أن يقال فصار غاصباً.

أبي حنيفة رحمه الله، وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لأنه منع بغير حق: لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه، ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لأن البيع ينفسخ بهلاكه وها هنا لا ينفسخ أصل العقد. قلنا: ينفسخ في حق الموكل والوكيل، كما إذا رده

المصنف عنه بقوله **(قلنا ينفسخ)** أي العقد **(في حق الموكل والوكيل)** وإن لم ينفسخ في حق البائع والوكيل ومثله لا يمتنع **(كما إذا رده الموكل بعيب)** أي إذا وجد الموكل عيباً بالمشتري فرده إلى الوكيل **(ورضي الوكيل به)** فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وإن لم ينفسخ بينه وبين بائعه. قال صاحب غاية البيان: وهذه مغالطة على أبي يوسف لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس؛ ففي الأول ينفسخ البيع وفي الثاني لا، وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالردّ بالعيب لا يدل على انفساخه من الأصل إذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك: وأنه كما ترى فاسد، لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق، بل إذا تأملت وجدت ما ذكر من جانب أبي يوسف غلطا أو مغالطة، وذلك لأن البائع عن الوكيل بمنزلة بائع البائع، وإذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما: يعني غلطا أو مغالطة **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم، بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم)** أي إذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهماً، وإنما قيد به لأنه إذا كانت عشرة أرطال منه لا تساوي درهماً نفذ الكل على الوكيل بالإجماع، كذا في الذخيرة وسيأتي في الكتاب **(لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة، وقالا: يلزمه العشرون بدرهم)** إلى هنا لفظ القدوري. قال المصنف **(وذكر في بعض النسخ)** أي في بعض نسخ مختصر القدوري **(قول محمد مع قول أبي حنيفة)** وقال المصنف **(ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل)** أي في المبسوط فإنه قال في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه: وإذا وكله أن يشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمأمور لأنه أمره بشراء قدر مسمى، فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله أمره فكان مشترياً لنفسه، وفي القدر الذي يتناوله أمره قدحصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء بأقل مما سمى له فكان مشترياً للآمر، إلى هنا لفظ الأصل، ولم يذكر الخلاف كما ترى **(لأبي يوسف أنه أمره)** أي أن الموكل أمر الوكيل **(بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً)** يعني أن الوكيل لم يخالف للموكل فيما أمره، وإنما جاء ظنه مخالفاً

عنده أمانة **(ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس الاستيفاء بعد أن لم يكن)** لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس كما تقدم، وصار مضموناً بعد الحبس، وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن لا معنى البيع، فإن المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا لإثبات مدعاه. وقوله: **(بخلاف المبيع)** لنفي قولهما: يعني أن المشتري ليس كالمبيع هاهنا لأن البيع ينفسخ بهلاك المبيع، وهاهنا لا ينفسخ أصل البيع: يعني الذي بين الوكيل وبائعه. وأجاب المصنف بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وإن لم ينفسخ في حق البائع، ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل عيباً بالمشتري فرده ورضي به الوكيل فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل. قيل: وهذا مغالطة على أبي يوسف، لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس؛ ففي الأول ينفسخ البيع، وفي الثاني لا، وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالردّ بالعيب لا يدل على انفساخه من الأصل إذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع، وأنه كما ترى فاسد لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد البائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق، بل إذا تأملت حق

قوله: (لنفي قولهما) أقول: يعني صريحاً قوله: (يعني أن المشتري) أقول: أي المشتري المحبوس كما يدل عليه كلام الإتقاني قوله: (فرده ورضي به) أقول: يعني رده على الوكيل قوله: (في يد الوكيل بعد الحبس) أقول: وكذلك لا ينفسخ إذاً هلك قبل الحبس فلا يكون كالمبيع مطلقاً.

الموكل بعيب ورضي الوكيل به. قال: **(وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة، وقالا: يلزمه العشرون بدرهم)**

للواقع فليس على الوكيل من ذلك شيء سيما إذا زاده خيراً **(وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين)** حيث جاز ذلك فكذا هذا **(ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة)** أي بشراء عشرة أرطال لحم **(ولم يأمره بشراء الزيادة)** وظن أن ذلك المقدار يساوي درهماً وقد خالفه فيما أمره به **(فينفذ شراؤها)** أي شراء الزيادة **(عليه)** أي على الوكيل لكونه غير مأمور به **(وشراء العشرة على الموكل)** أي وينفذ شراء العشرة على الموكل لأنه إتيان بالمأمور به. فإن قيل: ينبغي أن لا يلزم الآمر عنده عشرة بنصف درهم أيضاً لأن هذه العشرة تثبت ضمناً للعشرين لا قصداً وقد وكله بشراء عشرة قصداً، ومثل هذا لا يجوز على قوله كما إذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثاً لا يقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاث، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضاً تبعاً له. قلنا: ذاك مسلّم في الطلاق لأن المتضمن لم يثبت هناك لا من الموكل لعدم التوكيل به، ولا من الوكيل لأن المرأة مرأة الموكل لا مرأة الوكيل، وأما هنا إذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لأن الشراء إذا وجد نفاذاً لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة، إلا أن الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة إلى خير فينفذ على الموكل، ولأن الثمن يتوزع على أجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصوداً فلا يتحقق الضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الإمام المحقق مولانا حميد الدين. أقول: الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله لأن الثمن يتوزع الخ واضح لا غبار عليه. وأما الوجه الأول منه فمشكل لا يعقل إذ بعد الاعتراف بأن الشراء في المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل فكيف يتم القول بأن ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل، ولا شك أن حكم ما في ضمن الشيء يتبع حكم ذلك الشيء دائماً، فثبوت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه أيضاً، فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل، ونفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى. فإن قلت: ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما ذكر في الذخيرة والتتمة محالاً إلى المنتقي، وهو أنه إذا أمره أن يشتري له ثوباً هروياً بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة. قال أبو حنيفة: لا يجوز البيع في واحد منهما، وهنا أيضاً حصل مقصود الآمر وزاده خيراً، ومع ذلك لا ينفذ ما

التأمل وجدت ما ذكر من جانب أبي يوسف غلطاً أو مغالطة، وذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع، وإذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما. قال: **(وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم الخ)** وكل رجلاً بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم، فإما أن يكون ذلك اللحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم أو مما يباع منه عشرون رطلاً بدرهم، فإن كان الأول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة: وقالا: يلزمه العشرون. وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع أبي حنيفة، ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل: أي في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه: لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور. لأبي يوسف أن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال، والوكيل لم يخالفه فيما أمره وإنما جاء ظنه مخالفاً للواقع، وليس على الوكيل من ذلك شيء لا سيما إذا زاد خيراً وصار كما إذا وكله ببيع عبد بألف فباعه بألفين. ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فظن أن ذلك المقدار يساوي درهماً وقد خالفه فيما أمره به فينفذ

قوله: **(ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال الخ)** أقول: يعني لا نسلم أنه أمره بصرف الدراهم إلى اللحم، فإن الشراء جالب للملك، فالتوكيل لجلب عشرة أرطال لا لسلب الدرهم إلا أنه ظن أن ذلك المقدار يساوي درهماً قوله: **(لم يثبت لعدم التوكيل الخ)** أقول: لم يثبت على الموكل أو مطلقاً الثاني ممنوع والأول لا ينفعه قوله: **(وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين الخ)** أقول: ويجاب أيضاً بأن العشرين هنا ثبتت والعشرة داخلة فيه، بخلاف الطلاق فإنه لا ينفذ على الوكيل لعدم الملك، ولا على الموكل لعدم الأمر، والموافقة شرط فيه فليتأمل.

وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل. لأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً وصار كما إذا وكله ببيع

اشتراه على الآمر في شيء منهما فكيف نفذ هاهنا شراء العشرة على الموكل. قلت: يحتمل أن الفرق إنما نشأ من حيث إن اللحم من ذوات الأمثال كما اختاره صاحب المحيط لأنه من الموزونات. والأصل في المكيلات والموزونات أن تكون من ذوات الأمثال، وهي لا تتفاوت في القيمة إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة، وكلامنا فيه لأن الكلام فيما إذا كان اللحم مما يباع عشرة أرطال منه بدرهم فحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل: أيّ عشرة شاء، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم، والثوبان وإن كانا متساويين في القيمة، لكن ذلك إنما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولاً فلا ينفذ عليه، وإلى هذا أشار في التتمة فقال: لأني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن، كذا في النهاية. قال صاحب العناية بعد أن ذكر هذا الجواب ونسبه إلى صاحب النهاية: وهذا لا يتمشى إلا على طريقة من جعل اللحم مثلياً، وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر، ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضاً من ذوات القيم، لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض، بخلاف الثوب فإن في تطرّق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولاً وعرضاً ورفعة ورقعة، وأجله كونه حاصلاً بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل منه خللاً انتهى كلامه **(بخلاف ما استشهد به)** جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين **(لأن الزيادة هناك)** أي فيما استشهد به **(بدل ملك الموكل)** ولا يجوز أن يستحقه الوكيل لا بإذن الموكل ولا بغير إذنه، ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على أن ثمنه لك لا يصح **(فتكون له)** أي فتكون الزيادة للموكل. قال صاحب العناية: وردّ بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ. والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهراً. والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق، وأقل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث، بخلاف اللحم، ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف انتهى كلامه. أقول: في كل واحد من الرد والجواب شيء فتأمل **(بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم)** متعلق بأصل المسألة **(حيث يصير)** أي يصير الوكيل في هذه الصورة **(مشترياً لنفسه بالإجماع)** لوجود المخالفة **(لأن الأمر يتناول السمين، وهذا)** أي ما اشتراه **(مهزول فلم يحصل مقصود الآمر)** فلم يكن ذلك له **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له)** أي للوكيل **(أن يشتريه لنفسه)** أي لا يجوز، حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح به لشراء لنفسه بأن قال اشهدوا أني قد اشتريت لنفسي، هذا إذا كان الموكل غائباً، فإن كان حاضراً وصرح

شراؤها عليه، وشراء العشرة على الموكل لأنه إتيان بالمأمور به. وفيه بحث من وجهين: الأول يجب أن لا يلزم الآمر شيء من ذلك لأن العشرة ثبتت ضمناً للعشرين إلا قصداً وقد وكله بشراء عشرة قصداً، ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة، كما إذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثاً لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث. والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضاً تبعاً له. والثاني: أنه إذا أمره أن يشتري له ثوباً هروياً بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة. قال أبو حنيفة: لا يجوز البيع في كل واحد منهما: يعني لا يلزم الآمر منهما شيء، والمسألة كالمسألة حذو القذة بالقذة، وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين بأن في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمني، وما هو كذلك لا يقع إلا في ضمن ما تضمنه، وما تضمنه لم يصح لعدم الأمر به فكذا ما في ضمنه، وأما فيما نحن فيه فكل قصدي لأن أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء. وعن الثاني صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الأمثال، ولا تفاوت في قيمتها إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه، وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أيّ عشرة شاء، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم، فالثوبان وإن تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل

عبده بألف فباعه بألفين. ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به. لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له، بخلاف ما إذا اشترى ما

الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشترياً لنفسه. كذا في الشروح نقلاً عن التتمة. ووضع المسألة في العبد في الذخيرة ثم قال: وإنما كان كذلك لأن العبد إذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه، فمتى أتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى أو لم ينو. قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب **(لأنه)** أي لأن الشراء لنفسه **(يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه)** وذلك لا يجوز **(ولأن فيه)** أي في اشترائه لنفسه **(عزل نفسه)** عن الوكالة **(ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل)** لأنه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا في العناية وغاية البيان. أقول: يرد عليه أن العلم بالعزل في باب الوكالة يحصل بأسباب متعددة: منها حضور صاحبه، ومنها بعث الكتاب ووصوله إليه، ومنها إرسال الرسول إليه وتبليغه الرسالة إياه، ومنها إخبار واحد عدل أو اثنين غير عدلين بالإجماع وإخبار واحد عدلاً كان أو غيره عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وقد صرح بها في عامة المعتبرات سيما في البدائع. فاشتراط علم الآخر في صحة فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضي أن لا يملك الوكيل عزل نفسه إلا بمحضر من الموكل، لأن انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الأسباب فلا يتم التقريب، اللهم إلا أن يحمل وضع المسألة على انتفاء سائر أسباب العلم بالعزل أيضاً، لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلاً، ويحتمل أن يكون السرّ في إقحام المصنف قوله على ما قيل الإيماء إلى ذلك فتأمل. واعلم أن صاحب البدائع قال في بيان هذه المسألة: الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه، وإذا اشترى يقع الشراء للموكل لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة، وهو لا يملك ذلك إلا بمحضر من الموكل، كما لا يملك عزله إلا بمحضر منه على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى. ثم قال في موضعه وهو فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أن الوكيل يخرج من الوكالة بأشياء: منها عزل الموكل إياه ونهيه بأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملاً للفسخ بالعزل والنهي. ولصحة العزل شرطان: أحدهما علم الوكيل بأن العزل فسخ فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم بالفسخ، فإذا عزله وهو حاضر انعزل، وكذا لو كان غائباً فكتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه من العزل لأن الكتاب من الغائب كالخطاب، وكذلك لو أرسل إليه رسولاً فبلغ الرسالة وقال: إن فلاناً أرسلني إليك يقول إني

فيثبت حقه مجهولاً فلا ينفذ عليه، وإلى هذا أشار في التتمة فقال: لأني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن، وهذا لا يتمشى إلا على طريقة من جعل اللحم مثلياً وهو مختار صاحب المحيط، وأما عنده غيره فلا بد من تعليل آخر، ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضاً من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض، بخلاف الثوب فإن في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولاً وعرضاً ورفعة ورقعه، وأجله كونه حاصلاً بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل خللاً قوله: **(بخلاف ما استشهد به)** جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بألف وبيعه بألفين بأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له. وردّ بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ. والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهراً. والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود

قوله: **(والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهراً)** أقول: ذكر العدد يكون لمنع الزيادة والنقصان، وذلك هو الأصل لأن العدد حاصل في مدلوله على ما عرف في الأصول، وقد يكون لمنع النقصان وقد يكون لمنع الزيادة إذا دلت قرينة. وفي صورة الوكيل بيع العبد معلوم إن ذكر العدد لمنع النقصان فقط، إذ لا يأبى أحد من زيادة في ماله، وفي صورة التوكيل بشراء اللحم لا دليل يدل على اللحم على خلاف الأصل، إذ الظاهر أن عشرة أرطال تكفي في مقصوده وماله وهو نصف درهم يبقى له فيحمل عليه فليتأمل قوله: **(بخلاف اللحم)** أقول: مخصوص بمثل اللحم مما يسرع إليه الفساد، ولا يعم ما ليس كذلك من المثليات، ثم يجوز أن يبيع بألف وقطعة لحم مثلاً فإنه يكون للموكل أيضاً.

يساوي عشرين رطلاً بدرهم حيث يصير مشترياً لنفسه بالإجماع، لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر. قال: **(ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه)** لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد

عزلتك عن الوكالة فإنه ينعزل كائناً من كان الرسول عدلاً كان أو غير عدل حرّاً كان أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا، لأن الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أيّ صفة كان، وإن لم يكتب كتاباً ولا أرسل إليه رسولاً ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعاً سواء صدّقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر، لأن خبر الواحد العدل مقبول في المعاملات، وإن لم يكن عدلاً فخبر العدد أو العدل أولى. وإن أخبره واحد غير عدل، فإن صدقه ينعزل بالإجماع، وإن كذبه لا ينعزل، وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة. وعندهما ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه إلى هنا كلامه. أقول: لا يذهب عليك أن بين كلاميه المذكورين في الموضعين تدافعاً، فإن ما ذكره في فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح في صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بمحضر منه أو عزله بغيبته منه، ولكن علم العزل بسبب من أسباب شتى على ما فصله، وما ذكره أوّلاً من قوله كما لا يملك الموكل عزله إلا بمحضر منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل في صورة إن عزله بمحضر منه كما ترى. والعجب أنه أحال الأول على الثاني بقوله على ما تذكره في موضعه. قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يقع على الوكيل لا على الموكل مع أنه لم يخالف في المهر المأمور بهِ. وأجيب بأن النكاح الموكل به نكاح مضاف إلى الموكل، فإن الوكيل بالنكاح لا بد أن يضيف النكاح إلى موكله فيقول زوّجتك لفلان، والموجود فيما إذا نكحها من نفسه ليس بمضاف إلى الموكل، فإن النكاح من نفسه هو أن يقول تزوّجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل، بخلاف التوكيل بشراء شيء بعينه فإن الموكل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به لا شراء مضاف إلى الموكل، فإذا أتى بذلك يقع على الموكل **(فلو كان الثمن مسمى)** يعني لو وكله بالشراء بثمن مسمى **(فاشترى بخلاف جنسه)** أي بخلاف جنس المسمى بأن سمى دراهم مثلاً فاشترى بدنانير **(أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود)** كالمكيل والموزون **(أو وكل)** أي الوكيل **(وكيلاً بشرائه فاشترى الثاني)** أي فاشترى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل **(وهو غائب)** أي والحال

الفارق، وأقل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف. وإن كان الثاني كان المشتري للوكيل بالإجماع لوجود المخالفة، لأن الأمر تناول السمين والمشتري هزيل فلا يحصل مقصود الآمر. قال: **(ولو وكله بشراء شيء بعينه الخ)** ولوكله بشراء شيء بعينه لا يصح له أن يشتريه بنفسه لأنه يؤدي إلى تغرير المسلم لأنه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولأن فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لأنه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود، فإن اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل إلا إذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما تحصل به المخالفة، فإذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه أو لم يسمّ فاشترى بغير النقود أو وكل رجلاً فاشترى وهو غائب يثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل لأنه خالف الآمر فينفذ عليه. أما إذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر، وكذا إذا اشترى بغير النقود لأن المتعارف نقد البلد فالأمر ينصرف إليه، وكذا إذا وكل وكيلاً لأنه مأمور بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته. قيل: ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا أنكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يقع عن الوكيل لا عن الموكل مع أنه لم يخالف في المهر المأمور به. وأجيب بأن النكاح الموكل به نكاح مضاف إلى الموكل والموجود منه ليس بمضاف إليه حيث أنكحها من نفسه، فإن الإنكاح من نفسه هو أن

قال المصنف: **(ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه)** أقول: وما سيجيء من أن العزل الحكمي لا يتوقف على العلم فلا تعلق له بما نحن فيه، إذ المراد هناك أن العزل الحكمي من الموكل لا يتوقف على علم الوكيل قوله: **(لأن المتعارف نقد البلد)** أقول: والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

عليه ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل، فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلاً بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه. ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل

أن الوكيل الأول غائب (**يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه**) أي في هذه الوجوه الثلاثة التي ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة القدوري: يعني إنما لا يكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه لنفسه إذا لم يوجد أحد هذه الوجوه الثلاثة: أما إذا وجد فيكون الشراء للوكيل الأول (**لأنه**) أي الوكيل الأول (**خالف أمر الآمر**) وهو الموكل. أما إذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر، وأما إذا اشترى بغير النقود فلأن المتعارف نقد البلد فالأمر ينصرف إليه، وأما إذا وكل وكيلاً بشرائه فلأنه مأمور بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك حال غيبته (**فتنفذ**) أي الشراء (**عليه**) أي على الوكيل الأول (**ولو اشترى الثاني**) أي الوكيل الثاني (**بحضرة الوكيل الأول نفذ**) أي الشراء (**على الموكل الأول لأنه حضره رأيه**) أي رأي الوكيل الأول (**فلم يكن مخالفاً**) أي لم يكن الوكيل الأول مخالفاً لأمر آمره، وذلك لأنه إذا كان حاضراً يصير كأنه هو المباشر للعقد؛ ألا يرى أن الأب إذا زوّج ابنته البالغ بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فيجعل كأنها هي التي باشرت العقد وكان الأب مع ذلك الرجل شاهدين، كذا في المبسوط. قيل: ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الأول أو فعل ذلك أجنبي فبلغ الوكيل فأجازه يجوز، وبين الوكيل بالطلاق والعتاق؟ فإنه لو وكل غيره فطلق أو أعتق الثاني لا يقع وإن كان بحضرة الوكيل الأول، والرواية في التتمة والذخيرة. وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة في التوكيل بالطلاق والعتاق متعذر، لأن التوكيل تفويض الرأي إلى الوكيل، وتفويض الرأي إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي، ولا حاجة فيهما إذا انفردا عن مال إلى الرأي فجعلنا الوكالة فيهما مجازاً عن الرسالة لأنها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل، فصار المأمور فيهما مأموراً بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر، وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل. وأما في البيع والشراء وغيرهما فالعمل بحقيقة الوكالة ممكن لأنها مما يحتاج فيه إلى الرأي، فاعتبر المأمور وكيلاً والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو بإجازته (**قال**) أي القدوري في مختصره (**وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل**) إلى هنا لفظ القدوري (**قال**) أي المصنف (**هذه المسألة على وجوه: إن أضاف**) أي الوكيل (**العقد إلى دراهم الآمر كما للآمر**) هذا هو الوجه الأول من وجوه هذه المسألة. وقال المصنف: (**وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله**) يعني أن المراد بقول القدوري أو يشتريه بمال الموكل هو الإضافة عند العقد إلى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير إضافة إليه (**لأن فيه**) أي لأن في النقد من مال الموكل (**تفصيلاً**) فإنه بعد أن يشتريه بدراهم مطلقة، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل، وإن نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل (**وخلافاً**) فإنه إذا تصادقا على أنه لم تحضره النية وقت الشراء فعلى قول محمد العقد للوكيل، وعلى قول أبي يوسف يحكم النقد على ما سيجيء (**وهذا بالإجماع**) أي لو أضاف العقد إلى دراهم الآمر

يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف إلى الموكل لا محالة فكانت المخالفة موجودة فوقع عن الوكيل، وإذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل أن يشتري بالمسمى من الثمن أو بالنقود فيما إذا لم يسمّ أو إذا اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل فينفذ على الموكل لأنه إذا حضره رأيه لم يكن مخالفاً. قيل: ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء أو النكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الأول أو فعل ذلك أجنبي فبلغ الوكيل فأجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق، فإن الوكيل الثاني إذا طلق أو أعتق بحضرة الأوّل لا يقع، والرواية في الذخيرة والتتمة. وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لأن التوكيل تفويض الرأي إلى الوكيل، وتفويض الرأي إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي، ولا حاجة فيهما إذا انفردا عن مال إلى الرأي فجعلناها مجازاً للرسالة لأنها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل

الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفاً. قال: (**وإن وكله بشراء عبد بغير عينه: فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل**) قال: هذه المسألة على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلاً وخلافاً، وهذا

يقع له بالإجماع (وهوَ مطلق) أي قوله أو يشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الإضافة إلى مال الموكل، كذا قال جمهور الشراح في شرح هذا المقام. أقول: فيه نظر لأنهم حملوا التفصيل المذكور في قول المصنف لأن فيه تفصيلاً، على أنه إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له، وإن كان من دراهم الوكيل كان الشراء له، وليس بصحيح لأن ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى، وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدوري أو يشتريه بمال الموكل الإضافة إلى دراهم الموكل دون النقد من ماله إنما هو وقوع التفصيل في النقد من مال الموكل لا وقوعه في النقد المطلق، إذ لا مساس له بكلام القدوري، فإن المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال. ثم إن صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور في شرح هذا المقام وزاد إخلالاً حيث قال بعد أن ذكر وجوه هذه المسألة: وإذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلاً إذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له، وإن نواه للموكل لا معتبر بالنقد انتهى. فإن قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد هاهنا، لأنه إذا لم ينو لنفسه، فإن نوى للموكل لا يعتبر النقد أصلاً كما صرح به، فلا يصح التفصيل الذي ذكره بقوله إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له، وإن لم ينو للموكل أيضاً كان له صدق ذلك التفصيل على قول أبي يوسف رحمه الله فقط، إذ على قول محمد يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجيء، فكان ما ذكره صاحب العناية مناسباً لشرح قول المصنف وخلافاً لشرح قوله تفصيلاً. وأيضاً أنه بعد ما صرح أن التفصيل إنما هو في النقد من مال الموكل حيث قال ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلاً كيف يتيسر له بيان ذلك التفسير في النقد المطلق بأن قال إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له. والحاصل أن الركاكة في تقرير صاحب العناية أفحش. وأقول: الحق في هذا المقام أن المصنف أراد بالتفصيل في قوله لأن فيه تفصيلاً وخلافاً صورتي التكاذب والتوافق، وبالخلاف الخلاف الواقع في صورتي التوافق؛ فالمعنى أن في النقد من مال الموكل تفصيلاً، فإنه إذا نقد من ماله فإذا تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع؛ وإن توافقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد هو للعاقد، وعند أبي يوسف يحكم النقد أيضاً، وخلافاً فإنه إذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لأحدهما، فعند محمد هو للعاقد، وعند أبي يوسف يحكم النقد، بخلاف الإضافة إلى دراهم الآمر فإنه لا تفصيل ولا خلاف فيها، كان حمل كلام القدوري عليها أولى. ثم أقول: بقي لنا بحث فيما ذهب إليه المصنف هاهنا، وهو أن فيه إخلالاً بأصل المسألة، فإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتكاذبا في النية لا تكون داخلة حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري، فيلزم أن يكون العقد في تلك الصورة للوكيل البتة بموجب ما بقي في الكلام بعد الاستثناء مع أنه يحكم النقد فيها بالإجماع، ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعاً، وإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتوافقا على أنه لم تحضره النية لا تكون داخلة أيضاً حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء

فكان المأمور مأموراً بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر، وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل. وأما في البيع والشراء وغيرهما فإن العمل بحقيقة الوكالة ممكن لأنها يحتاج فيها إلى الرأي، فاعتبر المأمور وكيلاً والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو بإجازته. قال: (**وإن وكله بشراء عبد بغير عينه الخ**) إذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل. وقوله وهذا محتمل يجوز أن يكون مراده النقد من مال الموكل، وأن تكون الإضافة إليه عند العقد وهو المراد عند المصنف، وذلك لأن هذه المسألة على وجوه؛ لأنه إما أن

بالإجماع وهو مطلق. وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً وعرفاً. وإن أضافه إلى دراهم مطلقة، فإن نواها للآمر فهو

المذكور، فيلزم أن يكون العقد فيها أيضاً للوكيل بموجب ما بقي بعد الاستثناء مع أن فيها خلافاً كما سيأتي، فيلزم حمل كلام القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقبله المصنف. وبالجملة قد هرب المصنف في حل كلام القدوري هاهنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى مثل الأولى بل أشد منها فما الفائدة فيه؟ ولعل صاحب الكافي تفطن لذلك حيث زاد الاستثناء في وضع المسألة فقال: ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل أو ينقد من ماله، وقال: فهذه المسألة على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله أو يشتريه من مال الموكل إلى آخره **(وإن أضافه إلى دراهم نفسه)** أي إن أضاف الوكيل العقد إلى دراهم نفسه **(كان)** أي العقد **(لنفسه)** هذا هو الوجه الثاني من وجوه هذه المسألة **(حملاً لحاله)** أي حال الوكيل **(على ما يحل له شرعاً)** تعليل لقوله إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر: يعني أنه إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر ينبغي أن يقع للآمر، لأنه لو لم يقع للآمر لكان واقعاً للوكيل، فلو وقع له كان غاصباً لدراهم الآمر، وهو لا يحل شرعاً. كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح. أقول: فيه نظر، لأن الغصب إنما يلزم لو نقد من دراهم الآمر، وأما إذا أضاف إلى دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعاً. وجواب مسألة الإضافة إلى دراهم الآمر متحد في الصورتين نص عليه في الذخيرة ونقل عنها في النهاية فلا يتم التقريب **(أو يفعله عادة)** عطف على قوله يحل له شرعاً وتعليل لقوله وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه: يعني أن العادة جرت بأن الشراء إذا كان مضافاً إلى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما أضاف العقد هاهنا إلى دراهم نفسه وقع له حملاً لأمره على وفق العادة في النهاية وعليه العامة. قال تاج الشريعة بعد أن جرى في شرح كلام المصنف هاهنا على الطريقة المذكورة: وهي توزيع التعليل المزبور على المسألتين، ويجوز أن يكون التعليلان للمسألة الأولى، والحكم في المسألة الثانية يثبت بطريق الدلالة، لأنه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد إلى دراهم غيره شرعاً فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه. وأما العادة فجارية على أنه لا يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه، وكذا على العكس انتهى. وقال صاحب العناية بعد أن سلك الطريقة المذكورة: ويجوز أن يكون قوله حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة دليلاً على الوجه الأول،

يضيف العقد إلى مال الموكل أو إلى مال نفسه أو إلى دراهم مطلقة، فإن كان الأول كان للآمر حملاً لحال الوكيل على ما يحل له شرعاً، إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً وعرفاً لكونه غصباً لدراهم الآمر، وإن كان الثاني كان للمأمور حملاً لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم، ويجوز أن يكون قوله حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة. دليلاً على الوجه الأول، والثاني يعلم بالدلالة، فإنه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد إلى غيره شرعاً فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة، والأول أولى لأن بالأول يصير غاصباً دون الثاني فلا امتناع فيه شرعاً، وإن كان الثالث فأما إن نواها للآمر فهي له، أو لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لأنه توكيل لشيء بغير عينه وإن اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالإجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لأنه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعاً، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد: هو للعاقد لأن الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه إلا إذا ثبت

قوله: **(لكونه غصباً الخ)** أقول: قوله لكونه غصباً الخ ممنوع وإنما يكون غصباً إذا نقد وليس بلازم قوله: **(بوقوع الشراء لصاحب الدراهم)** أقول: قوله لصاحب متعلق بقوله بوقوع قوله: **(ويجوز أن يكون قوله حملاً الخ)** أقول: حتى لا يلزم الفصل بكلام أجنبي هو قوله أو يفعله الخ بين المعلل وهو قوله على ما يحل له شرعاً وتعليله وهو قوله إذ الشراء لنفسه الخ قوله: **(ويضيف الثمن إلى غيره الخ)** أقول: الأظهر في العبارة ويضيف إلى دراهم غيره قوله: **(والأول أولى لأن بالأول يصير غاصباً دون الثاني)** أقول: فيكون الأول صواباً.

للآمر، وإن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل، وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله: هو للعاقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت. وعند أبي يوسف رحمه الله: يحكم النقد لأن ما

والثاني يعلم بالدلالة، فإنه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد إلى الدراهم غيره شرعاً فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة. ثم قال: والأول أولى لأن بالأول يصير غاصباً دون الثاني فلا امتناع فيه شرعاً انتهى. أقول: إن قول المصنف **(إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً وعرفاً)** ينادي بأعلى الصوت على أن التعليل المزبور بشقيه معاً للوجه الأول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة؛ فالأولى أن يجعل مجموع قوله حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة دليلاً على الوجه الأول، ويكتفي في العلم بالوجه الثاني بدلالة شقه الثاني: أعني قوله أو يفعله عادة على ذلك. والإنصاف أن في تحرير المصنف هنا تعقيداً واضطراباً كما ترى، ولهذا تحير الشراح في حله الوافي وشرحه الكافي **(وإن أضافه)** أي العقد **(إلى دراهم مطلقة)** هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسألة، وفيه تفصيل أشار إليه بقوله **(فإن نواها)** أي الدراهم المطلقة **(للآمر فهو)** أي العقد **(للآمر، وإن نواها لنفسه فلنفسه)** أي فالعقد لنفسه **(لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل)** أي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه فكانت نيته معتبرة. أقول: لقائل أن يقول: إذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغي أن يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذي ذكروه فيما إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر من كونه غاصباً لدراهم الآمر. فإن قلت: الغصب في صورة الإضافة إلى دراهم الآمر في ضمن نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه، وأما في الصورة المذكورة ففي النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان. قلت: الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة، ولا شك أن هذا لا يتحقق في نفس الإضافة إلى دراهم الآمر بل يتحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد في شيء من الصورتين المذكورتين، بل إنما وجد في النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد في تينك الصورتين معاً فلا يتم الفرق تدبر **(وإن تكاذبا)** أي الوكيل والموكل **(في النية)** فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي **(يحكم النقد بالإجماع)** فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له **(لأنه)** أي النقد **(دلالة ظاهرة على ما ذكرناه)** من حمل حاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة **(وإن توافقا على أنه لم تحضره النية)** ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد قال محمد: **(هو)** أي العقد **(للعاقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه)** يعني أن الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه. **(إلا إذا أثبت جعله)** أي جعل العمل **(لغيره)** بالإضافة إلى ماله أو بالنية له **(ولم يثبت)** أي والفرض أنه لم يثبت **(وعند أبي يوسف يحكم النقد لأن ما أوقفه مطلقاً)** أي من غير تعيين بنيته **(يحتمل الوجهين)** وهما أن يكون العقد للآمر وأن يكون لنفسه **(فيبقى موقوفاً، فمن أيّ المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه)** فتعين أحد المحتملين **(ولأن مع تصادقهما)** على أنه لم تحضره النية **(يحتمل النية للآمر)** بأن نوى له ونسيه **(وفيما**

جعله لغيره بالإضافة إلى ماله أو بالنية له والفرض عدمه. وقال أبو يوسف: يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين، أن يكون له ولغيره فيكون موقوفاً، فمن أيّ المالين نقد تعين به أحد المحتملين ولأن مع تصادقهما يحتمل أنه كان نوى للآمر ونسيه قوله: **(وفيما قلنا)** يعني تحكيم النقد **(حمل حاله على الصلاح)** لأنه إذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غصباً كما في حالة التكاذب. وإذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلاً إذا اشترى بدراهم مطلقة ولم

قال المصنف: **(لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه)** أقول: قوله على ما ذكرناه حال لا صلة للدلالة، وأراد بقوله ما ذكرناه قوله حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة الخ قال المصنف: **(إن توافقا على أنه لم تحضره النية)** أقول: ها هنا احتمالان آخران، أحدهما أن يقول الوكيل لم تحضرني النية فقال الموكل بل نويت لي، والثاني عكس هذا قال المصنف: **(قال محمد هو للعاقد)** أقول: لا بد لمحمد من فرق بين صورتي التكاذب والتصادق وهو ظاهر فإن النية متقدمة على الأصالة، ويؤيد كلام من ادعى النية له بنقده من دراهمه.

أوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين فيبقى موقوفاً، فمن أيّ المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر، وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه

قلنا) أي في تحكيم النقد **(حمل حاله)** أي حال الوكيل **(على الصلاح)** وهو أن لا يكون غاصباً على تقدير النقد من مال الآمر **(كما في حالة التكاذب)** بقي الكلام في هذه المسألة وهو أن الإضافة إلى أيّ نقد كان ينبغي أن لا تفيد شيئاً لأن النقود لا تتعين بالتعيين. وأجيب عن ذلك بأنا لا نقول إن الشراء بتلك الدراهم يتعين، وإنما نقول الوكالة تتقيد بما على ما سيجيء من أن النقود تتعين في الوكالات؛ ألا ترى أنها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة، وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة، كذا في العناية وعليه جمهور الشراح، ومأخذهم المبسوط. أقول: في الجواب بحث وهو أن النقود لا تتعين في الوكالات قبل التسليم بالإجماع، وكذا بعده عند عامة المشايخ، وإنما تتعين بعده عند بعضهم على قول أبي حنيفة رحمه الله، صرّح به في عامة المعتبرات، وسيظهر لك فيما سيجيء عن قريب. وجواب مسألة الإضافة إلى دراهم الآمر وإلى دراهم نفسه غير مقيد بكون الإضافة بعد التسليم وغير مختص بقول أبي حنيفة بل هو مطلق، وبالإجماع كما تقرر فيما مرّ فكيف يتم أن يجعل مداره ما هو المقيد والمختلف فيه؟ وكأن الإمام الزيلعي تنبه لهذا حيث قال في شرح الكنز في تعليل مسألة الإضافة إلى ثمن معين: لأن الثمن وإن كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به، وقد تعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح إذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى. لكنه لم يأت أيضاً بما يشفي الغليل هاهنا كما ترى. ثم أقول: الأولى في الجواب أن يقال: ليس العلة في كون العقد لمن أضافه إلى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة كما مر مبيناً ومشروحاً، فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين في مسألتنا هذه، وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال: «والدراهم وإن لم تتعين لكن الظاهر أن المسلم لا يضيف شراء الشيء لنفسه إلى دراهم الغير لأنه مستنكر شرعاً وعرفاً انتهى. قال المصنف **(والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه)** المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقاً وخلافاً؛ وإنما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفياً لقول بعض مشايخنا: فإنهم قالوا في مسألة الشراء إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعاً ولا يحكم النقد. وإنما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسألة التوكيل بالإسلام وهم فرّقوا بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بأن للنقد أثراً في تنفيذ السلم، فإن المفارقة بلا نقد تبطل السلم، فإذا جهل من له

ينو لنفسه، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له، وإن نواه للموكل فلا معتبر بالنقد وخلافاً فيما إذا تصادقا على أنه لم تحضره النية وقت الشراء أنه يقع للوكيل أو يحكم النقد، وفي الإضافة إلى مال الموكل يقع له بالإجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري أو يشتريه بمال الموكل على الإضافة أولى، ولهذا قال المصنف: وهو المراد عندي. بقي الكلام في أن الإضافة إلى أيّ نقد كان؟ ينبغي أن لا تفيد شيئاً لأن النقود لا تتعين بالتعيين؟ وأجيب عن ذلك بأنا لا نقول إن الشراء بتلك الدراهم يتعين، وإنما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من أنها تتعين في الوكالات؛ ألا ترى أنه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة، وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة قوله: **(والتوكيل بالإسلام على هذه الوجوه)** إنما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفياً لقول بعض مشايخنا، فإنهم قالوا في مسألة الشراء إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعاً ولا يحكم النقد، وإنما الخلاف

قوله: **(لأنه إذا كان النقد من مال الموكل والشراء له)** أقول: أي للوكيل قوله: **(وخلافاً فيما إذا تصادقا)** أقول: معطوف على قوله تفصيلاً إذا اشترى الخ قوله: **(وأجيب عن ذلك بأنا لا نقول إن الشراء بتلك الدراهم يتعين)** أقول: بحيث تكون هي مستحقة البتة قوله: **(وإنما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من أنها تتعين في الوكالات)** أقول: ولا يلزم من تعينها في الوكالة تعينها في الشراء قوله: **(وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء الخ)** أقول: الأظهر أن يقال وإذا تقيدت بها فإذا أضاف الشراء إليها تعين أن يكون بموجب الوكالة فتدبر.

الوجوه. قال: (ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر، فإن كان دفع إليه الألف فالقول قول المأمور) لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر. وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله.

العقد يستبان بالنقد، وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملاً بقضية الأصل. كذا في الشروح. وفرّق أبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير إذا أطلق النية عند الإحرام فإنه يكون عاقداً لنفسه فإن الحج عبادة والعبادات لا تتأدى إلا بالنية فكان مأموراً بأن ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفاً بترك ما هو للشرط. وأما في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفاً فيبقى حكم عقده موقوفاً على النقد كذا في باب الوكالة بالسلم من بيوع المبسوط (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف فقال) أي المأمور (قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر، فإن كان) أي الآمر (دفع إليه) أي إلى المأمور (الألف فالقول قول المأمور لأن في الوجه الأول) وهو ما إذا لم يكن الثمن منقوداً إلى المأمور (أخبر) أي المأمور (عما لا يملك استئنافه)أي استئناف سببه (وهو الرجوع بالثمن على الآمر) فإن سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لأن العبد ميت إذ الكلام فيه، والميت ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لإرادة الرجوع على الآمر (وهو) أي الآمر (ينكر) ذلك (والقول للمنكر) فقول المصنف لا يملك استئنافه معناه لا يملك استئناف سببه على طريق المجاز بالحذف، والضمير المرفوع في قوله وهو الرجوع بالثمن راجع إلى «ما» في عما لا يملك استئنافه، وهذا هو الوجه الأحسن في حل عبارة المصنف هنا، وإليه ذهب صاحب العناية. وقيل: إنما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لأن مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لأجل الآمر، فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكراً للمسبب وإرادة للسبب، وجاز هذا لأن الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لأجل الآمر، وإلى هذا التوجيه ذهب أكثر الشراح. قال في الكفاية بعد ذكر هذا: وفي بعض النسخ لا يملك استئنافه، وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على

بين أبي يوسف ومحمد في مسألة التوكيل بالإسلام، وهذا القائل فرّق بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بأن للنقد أثراً في تنفيذ السلم، فإن المفارقة بلا نقد تبطل السلم، فإذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملاً بقضية الأصل. قال: (ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف الخ) ومن وكل رجلاً بشراء عبد بألف فقال قد فعلت وأنكره الموكل، فإما أن يكون التوكيل بشراء عبد معين أو غيره، والأول سيجيء، والثاني إما أن يكون العبد ميتاً عند الاختلاف أو حياً. وعلى كل من التقديرين فإما أن يكون الثمن منقوداً أو غيره، فإن كان ميتاً والثمن غير منقود فالقول للآمر لأن المأمور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر، فإن سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه، لأن العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد، فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لإرادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله، فقوله: (لا يملك استئنافه) معناه استئناف سببه فهو مجاز بالحذف، وقوله: (وهو) راجع إلى «ما» في عما، وإن كان الثمن منقوداً فالقول قول المأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله، وإن كان حياً حين اختلفا، فإن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين، وإن لم يكن منقوداً فكذلك عند أبي يوسف ومحمد لأنه يملك

قوله: (نفياً لقول بعض مشايخنا الخ) أقول: أنت خبير بأن نفي قول ذلك البعض إنما يحصل ببيان الخلاف في مسألة الشراء في صورة التصادق أنه لم تحضره النية، إلا أن يقال مراده تأكيد ذلك النفي حيث جعل مسألة الشراء مشبهاً بها فليتأمل قال المصنف: (أخبر عما لا يملك استئنافه) أقول: قال صدر الشريعة: أخبر بأمر لا يملك استئنافه انتهى بدل عن الباء وهو الأولى قال المصنف: (وهو الرجوع بالثمن) أقول: أي الإخبار المذكور أسند إليه الرجوع إسناداً مجازياً أو راجع إلى ما لا يملك، والمراد بالرجوع بالثمن سببه أعني العقد أو يقدر المضاف في قوله استئنافه: أي استئناف سببه قوله: (لأن المأمور أخبر عما لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن) أقول: الأظهر إرجاع ضمير هو إلى الإخبار المذكور في ضمن أخبر، وجعل إسناد الرجوع إليه من قبيل الإسناد المجازي فلا يلزم حينئذ ارتكاب الحذف بلا قرينة ظاهرة ولا المجاز في جعل الرجوع مخبراً عنه هكذا قيل، وأنت خبير بأن ذلك ليس أولى منهما حتى يقال لا يلزم الخ.

ولو كان العبد حياً حين اختلفا، إن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين، وإن لم يكن منقوداً فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه. وعن أبي حنيفة رحمه الله: القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر، بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك ولا ثمن في يده هاهنا، وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حيّ فالقول

الآمر، وهذا ظاهر انتهى **(وفي الوجه الثاني)** وهو ما إذا كان الثمن منقوداً إلى المأمور **(هو)** أي المأمور **(أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله)** قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: علل في الهداية فيما إذا لم يدفع الآمر الثمن بأن الوكيل أخبر بأمر لا يملك استئنافه، وفيما إذا دفع بأن الوكيل أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة. أقول: كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق، بل لا بد من انضمام أمر آخر، وهو أن فيما إذا لم يدفع الثمن يدعي الثمن على الآمر وهو ينكره فالقول للمنكر، وفيما إذا دفع الثمن يدعي الآمر الثمن على المأمور فالقول للمنكر، إلى هنا كلامه. أقول: ليس الأمر كما زعمه، بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورته. أما الأول فلأن كون المصنف فيه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر، والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية إذ الثمن فيها مقبوض للوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعاً، وقد لبس هذا القائل في تعليله حيث ذكر أول التعليل الأول وترك آخره الفارق بين الصورتين. والعجب أنه ضم إلى ما ذكره ما هو في معنى ما تركه. وأما الثاني فلأن الثمن ليس بمقبوض الوكيل في الصورة الأولى فلا يصح أن يقال فيها إنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما لا يخفى **(ولو كان العبد حياً حين اختلفا)** فقال المأمور اشتريته لك، وقال الآمر بل اشتريته لنفسك **(إن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين)** يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما مرّ **(وإن لم يكن)** أي الثمن **(منقوداً فكذلك)** أي فالقول للمأمور أيضاً **(عند أبي يوسف ومحمد لأنه يملك استئناف الشراء)** للآمر إذ العبد حي والحيّ محل للشراء فيملك أن يشتريه في الحال لأجل الآمر **(فلا يتهم في الإخبار عنه)** أي عن الشراء لأجل الآمر. فإن قيل: إن وقع الشراء أولاً للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل حتى يملك استئنافه؟ أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور فيمكن أن يتفاسخ الوكيل بالشراء مع بائعه ثم يشتريه لأجل الموكل. كذا في الشروح **(وعند أبي حنيفة القول قول الآمر، لأنه)** أي لأن الإخبار عن الشراء لأجل الآمر **(موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه)** أي بأن اشترى الوكيل العبد لنفسه **(فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر)** أي أراد أن يلزمها الآمر **(بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً، لأنه)** أي الوكيل **(أمين فيه)** أي في هذا الثمن أو في هذا الوجه **(فيقبل قوله تبعاً لذلك)** أي للخروج عن عهدة الأمانة، وكم من شيء يثبت تبعاً ولا يثبت قصداً **(ولا ثمن في يده هاهنا)** أي لا ثمن في يد الوكيل فيما إذا كان العبد حياً والثمن غير منقود حتى يكون أميناً فيقبل قوله تبعاً للخروج عن عهدة الأمانة فافترقا **(وإن كان أمره بشراء عبد بعينه)** يعني إن كان التوكيل بشراء عبد بعينه **(ثم اختلفا والعبد حيّ)** أي والحال أن العبد حي **(فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود، وهذا بالإجماع)** أي هذا الوجه من وجوه هذه المسألة بالإجماع بين أئمتنا الثلاثة **(لأنه)** أي المأمور **(أخبر عما يملك استئنافه في الحال ولا تهمة فيه)** أي في إخباره عن ذلك **(لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته)** أي في حال غيبة الموكل؛ قيد به،

استئناف الشراء لكون المحل قابلاً فلا يتهم في الإخبار عنه. فإن قيل: إن وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل؟ أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور. ويمكن أن يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل. وعند أبي حنيفة القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة أراد أن يلزمها الآمر، بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك: أي للخروج من عهدة الأمانة **(ولا ثمن في يده هاهنا)** يعني فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل أميناً فيقبل قوله تبعاً للخروج عن عهدة الأمانة **(وإن كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور**

للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود، وهذا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استئنافه، ولا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر، بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله. ومن قال لآخر: **(بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء**

إذ في حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لأنه يملك عزل نفسه حال حضرته **(على ما مرّ)** أشار به إلى قوله ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل **(بخلاف غير المعين)** أي بخلاف ما إذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فاختلفا **(على ما ذكرناه لأبي حنيفة)** يعني ما ذكره فيما مر آنفاً من جانب أبي حنيفة وهو قوله لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر. أقول: لقائل أن يقول: التهمة متحققة في صورة المعين أيضاً بأن اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة له، كأن اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى أو بغير النقود أو وكل وكيلاً بشرائه فاشتراه الثاني بغيبة الأول، ثم لما رأى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شيء بعينه فإنه لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر. وأما على وجه المخالفة له بأحد الوجوه الثلاثة المذكورة فيملكه قطعاً على ما مر في محله، فما الدافع لهذه التهمة على قول أبي حنيفة؟ ثم أقول في الجواب عنه: إن احتمال أن اشتراءه لنفسه شبهة، وبعد ذلك احتمال أن اشتراءه لنفسه على وجه المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة شبهة، وقد تقرر عنده أن الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر، والتهمة في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة الشبهة، فاعتبرت في الأولى ولم تعتبر في الثانية. قال صاحب النهاية والكفاية: فإن قيل الوليّ إذا أقرّ بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال. قلنا: قوله يملك استئنافه وقع على قولهما، وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة فكان في هذه المسألة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج، فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول أبي حنيفة لم يرد الإشكال على قوله. أو نقول: لو كان في تزويج الصغيرة إخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضاً، فكان ذلك إنشاء للنكاح ابتداء فلا يرد الإشكال لما أنه إنما لا يقبل هناك إقرار بتزويج الصغيرة عند عدم

سواء كان الثمن منقوداً أو لا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استئنافه) ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول قوله. أما عندهما فلأنه يملك استئنافه، وأما عند أبي حنيفة فلأنه لا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما مر أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته، بخلاف حضوره فإنه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري له، بخلاف ما إذا كان العبد غير معين فإن فيه التهمة المذكورة من

قوله: **(وإن كان التوكيل بشراء عبد الخ)** أقول: هذا هو الموعود بقوله والأول سيجيء قوله: **(وأما عند أبي حنيفة فلأنه لا تهمة فيه الخ)** أقول: أشار بتوزيع التوكيل إلى دفع ما يعترض به هنا من أن الأصل في الدلالة الاطراد، وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة فإن الأب إذا أقر على الصغير أو الصغيرة بالنكاح لم يصح إلا ببينة عند أبي حنيفة، وكذا وكيل الزوج أو الزوجة وولي العبد إذا أقر بالنكاح لم يصح الإقرار إلا ببينة عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، مع أن المقر يملك استئناف العقد. قال الإتقاني في جوابه: لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقاً بل يملكه مقيداً بحضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضوراً وقت الإقرار فلم يملك الإقرار لأنه لم يملك الإنشاء بلا شهود انتهى. وفي قوله لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقاً بل يملكه مقيداً بحث، فإن تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا. ثم قال الإتقاني: وقول بعض الشارحين إن قوله يملك استئنافه وقع على قولهما وقوله لا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل لأبي حنيفة رحمه الله تعالى لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى. وأقول: إن لم يوجد في مواد النقض تهمة فالنقض متوجه أيضاً، وإن وجدت فلا حاجة لدفع السؤال إلى التوزيع قوله: **(لأن التوكيل بشراء شي بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل)** أقول: لم لا يجوز أن يشتري الوكيل بالتوكيل بمثل ذلك الثمن وهو مخالفة أيضاً كما سبق قوله: **(وإن كان غير منقود فالقول للآمر)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا تصادقا على الشراء أو أثبته الوكيل ينبغي أن يلزم الآمر لما ذكره أبو حنيفة من الدليل فيما إذا كان حياً فليتأمل، فإن الظاهر أن مراد الآمر من قوله اشتريته لنفسك أنك خالفتني، إلا أن الظاهر من حال المسلم أن يفي وعده ولا يغيره، والقول قول من يتمسك بالظاهر، والقول بأن الظاهر لا يثبت الاستحقاق مشترك الإلزام.

فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلاناً يأخذه) لأنّ قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق. **(فإن قال فلان لم آمره لم يكن له)** لأن الإقرار يرتدّ برده **(إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعاً عنه وعليه العهدة)** لأنه صار

الشاهدين لأنه لا يتصور إنشاؤه شرعاً لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطرد الجواب عنده في المسألتين انتهى كلامهما. وقال صاحب غاية البيان: فإن قلت: الأصل في الدلائل الإطراد، وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة لأن الأب إذا أقرّ على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الإقرار إلا ببينة، وكذا وكيل الزوج والزوجة ومولى العبد إذا أقرّ بالنكاح لا يصح إلا ببينة عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه مع أن المقرّ يملك استئناف العقد؟ قلت: لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقاً بل يملك مقيداً بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضوراً وقت الإقرار فلم يكن الإنشاء بلا شهود، وهذا هو الجواب الثاني. وقول بعض الشارحين: إن قوله يملك استئنافه وقع على قولهما، وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل أبي حنيفة لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال: وفي قوله لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقاً بل يملكه مقيداً بحث، فإنّ تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا انتهى. أقول: هذا ساقط جداً لأن مرادهم بالدوران مع التصور الإمكان الشرعي، وما لم يحضر الشهود لم يمكن إنشاء النكاح شرعاً. وقد أفصح عنه صاحب النهاية والكفاية حيث قال: لأنه لا يتصوّر إنشاء شرعاً لعدم الشهود. وأفصح عنه صاحب الغاية أيضاً حيث قال: ولم يكن شهود النكاح حضوراً وقت الإقرار فلم يكن الإنشاء بلا شهود، فكون تملك الاستئناف دائراً مع التصور لا يقدح أصلاً في قول صاحب الغاية. لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقاً بل يملكه مقيداً بحال حضرة الشهود. ثم اعلم أن هذه المسألة على ثمانية أوجه كما صرح به في الكافي وغيره؛ لأنه إما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه، وكل ذلك على وجهين: إما أن يكون الثمن منقوداً أو غير منقود. وكل ذلك على وجهين: إما أن يكون العبد حياً حين اختلفا أو هالكاً. وقد ذكر ستة أوجه منها في الكتاب مدللاً ومفصلاً كما عرفت فبقي منها وجهان، وهما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه، ويكون العبد هالكاً والثمن منقوداً أو غير منقود، وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه: وإن كان العبد هالكاً والثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، وإن كان غير منقود فالقول للآمر لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى. أقول: دليل الوجه الأخير منها محل إشكال، فإن الآمر وإن كان منكراً لاشتراء المأمور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك. وقد تقرر أن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي أن لا يكون لإنكار الآمر شراء المأمور حكم في هذا الوجه أيضاً فتأمل **(ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان)** أي لأجل فلان **(فباعه ثم أنكر)** أي المشتري **(أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلاناً يأخذه)** يعني أن لفلان ولاية أخذه من المشتري، وهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف في تعليلها **(لأن قوله السابق)** أي قول المشتري السابق وهو قوله لفلان **(إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق)** لأن الإقرار بالشيء لا يبطل بالإنكار اللاحق. فإن قيل: قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد في كتاب الشفعة: لو أن أجنبياً طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحساناً كأنه قال سلمت هذه الشفعة لأجلك. قلنا: اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا قرينة، وسؤال

جانب أبي حنيفة، وإن كان العبد هالكاً والثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، وإن كان غير منقود فالقول للآمر. قال: **(ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان الخ)** رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان: يعني لأجله فباعه منه، فلما طلبه منه فلان أبى أن يكون فلان أمره بذلك فإن لفلان ولاية أخذه، لأن قوله السابق: يعني قوله لفلان إقرار منه

مشترياً بالتعاطي، كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له، ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن، وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب. قال: **(ومن أمر رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمناً فاشترى له أحدهما جاز)** لأن التوكيل مطلق، وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع **(إلا فيما لا يتغابن الناس فيه)** لأنه توكيل بالشراء، وهذا كله بالإجماع

التسليم من الأجنبي قرينة في مسألة الشفعة، ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه. كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الشروح **(فإن قال فلان لم آمره بذلك)** ثم بدا له أن يأخذه **(لم يكن له)** أي لم يكن له على العبد سبيل **(لأن الإقرار)** أي إقرار المشتري **(ارتدّ برده)** أي برد فلان، فإذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لأنه عاد حين انتفى الإقرار فلم يصح تصديقه **(إلا أن يسلمه المشتري له)** روي لفظ المشتري بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلاً، وقوله له: أي لأجله ويكون المفعول الثاني محذوفاً وهو إليه، فالمعنى: إلا أن يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لأجل فلان إليه. وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولاً ثانياً بدون حرف الجر وهو فلان، ويكون الفاعل مضمراً يعود إلى المشتري، فالمعنى: إلا أن يسلم الفضولي العبد إلى المشتري له وهو فلان. ثم إن هذا الاستثناء من قوله لم يكن له: أي لم يكن لفلان إلا في صورة التسليم إليه، وإنما ذكر صوره التسليم إليه لأن فلاناً لو قال أجزت بعد قوله لم آمره به لم يعتبر ذلك، بل يكون العبد للمشتري لأن الإجازة تلحق الموقوف دون الجائز، وهذا عقد جائز نافذ على المشتري. كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير **(فيكون بيعاً عنه)** أي فيكون تسليم العبد بيعاً مبتدأ **(وعليه العهدة)** أي وعلى فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن، كذا فسر شيخ الإسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان، ويدل عليه قوله **(لأنه صار مشترياً بالتعاطي)** كما لا يخفى **(كمن اشترى لغيره)** أي كالفضولي الذي اشترى لغيره **(بغير أمره حتى لزمه)** أي لزم العقد المشتري **(ثم سلمه المشتري له)** حيث كان بيعاً بالتعاطي. قال فخر الإسلام وغيره في شروح الجامع الصغير: وثبت بهذا أن بيع التعاطي كما يكون بأخذ وإعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك، وإن كان أخذاً بلا إعطاء لعادة الناس وثبت به أن النفيس من الأموال والخسيس في بيع التعاطي سواء. وأشار المصنف إلى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله **(ودلت المسألة)** أي دلت هذه المسألة **(على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو)** أي البيع بالتعاطي **(يتحقق في النفيس والخسيس)** أي نفيس الأموال وخسيسها **(لاستتمام التراضي)** أي لاستتمام التراضي في كل واحد منهما **(وهو المعتبر في الباب)** أي التراضي هو المعتبر في باب البيع

بالوكالة عنه، والإقرار بالشيء لا يبطل بالإنكار اللاحق فلا ينفعه الإنكار اللاحق. فإن قيل: قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون للشفاعة كالأجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك: أي لأجل شفاعتك. قلنا: خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا قرينة، وسؤال التسليم من الأجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه **(وإن قال فلان لم آمره أنا ثم بدا له أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لأن الإقرار ارتدّ بالرد إلا أن يسلمه المشتري له)** أي إلا أن يسلمه المشتري له العبد المشتري لأجله إليه، ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلاناً العبد المشتري لأجله، وفاعل يسلم ضمير يعود إلى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها **(فيكون بيعاً وعليه العهدة)** أي على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن لأنه صار مشترياً بالتعاطي كالفضولي إذا اشترى لشخص ثم سلمه المشتري لأجله. ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع.

قوله: **(إلا أن يسلم المشتري له)** أقول: قوله له متعلق بالمشتري أي المشتري لأجل فلان قوله: **(ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلاناً العبد المشتري لأجله)** أقول: الضمير في قوله لأجله راجع إلى قوله فلاناً قوله: **(بنا على الروايتين بكسر الراء وفتحها)** أقول: قال الإتقاني والكاكي في شرحيهما: والمشتري بكسر الراء وهو الظاهر من كلام محمد وإن كان للفتح وجه على معنى إلا أن يسلم

(ولو أمره بأن يشتريهما بألف وقيمتها سواء؛ فعند أبي حنيفة رحمه الله إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز، وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر) لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة، فكان آمراً بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شرّ قلّت الزيادة أو كثرت فلا يجوز **(إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحساناً)** لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه

لقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ [النساء: ٢٩] فلما وجد التراضي في النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطي فيهما خلافاً لما يقوله الكرخي إن البيع بالتعاطي لا ينعقد إلا في الأشياء الخسيسة، وقد مرّ ذلك في أول كتاب البيوع **(قال)** أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير **(ومن أمر رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمناً فاشترى له أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق)** يعني أن التوكيل مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين أو مجتمعين فيجري على إطلاقه **(وقد لا يتفق الجمع بينهما)** أي بين العبدين **(في البيع)** فوجب أن ينفذ على الموكل **(إلا فيما لا يتغابن الناس فيه)** استثناء من قوله جاز: أي جاز اشتراء أحدهما إلا فيما لا يتغابن الناس فيه فإنه لا يجوز فيه **(لأنه)** أي لأن التوكيل المذكور **(توكيل بالشراء)** وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالإجماع، بخلاف التوكيل بالبيع فإن أبا حنيفة يجوّز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش **(وهذا كله بالإجماع)** أي ما ذكر في هذه المسألة كله بالإجماع، وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين بأعيانهما، وقد سمى له ثمنهما وهي المسألة الثانية **(ولو أمره بأن يشتريهما بألف)** أي لو أمر رجلاً بأن يشتري العبدين بألف **(وقيمتهما سواء)** أي والحال أن قيمتهما سواء **(فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز)** أي جاز الشراء ويقع عن الموكل **(وإن اشترى بأكثر)** قلّت الزيادة أو كثرت **(لم يلزم الآمر)** بل يقع عن الوكيل **(لأنه)** أي الآمر **(قابل الألف بهما)** أي بالعبدين **(وقيمتهما سواء فيقسم)** أي الألف **(بينهما نصفين دلالة)** أي من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح **(فكان آمراً بشراء كل واحد منهما بخمسمائة، ثم الشراء بها)** أي بخمسمائة **(موافقة)** لأمر الآمر **(وبأقل منها)** أي بالشراء بأقل من خمسمائة **(مخالفة إلى خير)** فيجوز **(وبالزيادة إلى شرّ)** أي الشراء بالزيادة مخالفة إلى شر **(قلّت الزيادة أو كثرت فلا يجوز)**. قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: احتمل أن المسألة لا اختلاف فيها لأن أبا حنيفة إنما قال لم يجز شراؤه على الآمر إذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها. وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا في

قال: **(ومن أمر رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما الخ)** ومن أمر رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما **(ولم يسمّ ثمناً فاشترى أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق)** عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين **(فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع)** أي الشراء **(إلا فيما لا يتغابن)** استثناء من قوله جاز: أي جاز شراء أحدهما إلا فيما لا يتغابن الناس فيه، فإنه لا يجوز لأنه توكيل بالشراء وهو يتحمل الغبن الفاحش بالإجماع، بخلاف التوكيل بالبيع فإن أبا حنيفة يجوّز البيع بغبن فاحش. ولو أمره أن يشتريهما بألف وقيمتهما سواء. فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو بأقل جاز، وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء، وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الأمر بذلك دلالة فكان آمراً بشراء كل واحد بخمسمائة، ثم الشراء بذلك موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير، وبالزيادة مخالفة إلى شرّ قليلة كانت أو كثيرة، فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحساناً. والقياس أن لا يلزم الآمر إذا اشترى أحدهما بأزيد من خمسمائة،

المشتري العبد إلى المشتري له انتهى. وهذا هو الوجه لتعين المفعول بلا واسطة للأولوية على ما صرح به النحاة قوله: **(لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع)** أقول: أي هو شرط وسماه ركناً مجازاً قال المصنف: **(ومن أمر رجلاً بأن يشتري له عبدين بأعيانهما)** أقول: من قبيل قوله تعالى: ﴿فقد صغت قلوبكما﴾ فإن صيغة الجمع استعملت في المثنى مجازاً قال المصنف: **(فاشترى أحدهما جاز)** أقول: أي بمثل القيمة أو بما يتغابن فيه الناس بقرينة الاستثناء قوله: **(فقد لا يتفق الجميع بينهما في البيع أي الشراء)** أقول: لا حاجة إلى إخرج كلام المصنف عن ظاهره بتفسير البيع بالشراء، بل يجوز إبقاء البيع في كلام المصنف على حاله كما لا يخفى.

المصرح به وهو تحصيل العبدين بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري به بمثله الباقي جاز)** لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر. قال: **(ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه**

الذي يتغابن الناس في مثله إنه يلزم الآمر، فإذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسألة اختلاف، واحتمل أن المسألة فيها اختلاف في قول أبي حنيفة إذا زاد على خمسمائة قليلاً أو كثيراً لا يجوز على الآمر، وفي قولهما يجوز إذا كانت الزيادة قليلة انتهى كلامه. وقال شيخ الإسلام: إن بعض مشايخنا قالوا: ليس في المسألة اختلاف في الحقيقة، فإن قول أبي حنيفة محمول على ما إذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها، فأما إذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعاً لأنه لا تسمية في حق هذا الواحد، فهو كما لو وكله بشراء عبد له ولم يسمّ ثمناً فاشتراه بأكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله جاز كذا هاهنا. ثم قال: والظاهر أن المسألة على الاختلاف، فإنه أطلق الجواب على قول أبي حنيفة وفصله على قولهما انتهى. والمصنف اختار ما ذهب إليه شيخ الإسلام حيث قال: وبالزيادة إلى شرّ قلّت الزيادة أو كثرت فلا يجوز **(إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما)** فيجوز حينئذ ويلزم الآمر **(استحساناً)** قيد به لأن جواب القياس أن لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة، وبه أخذ مالك والشافعي وأحمد. وجه الاستحسان ما ذكره بقوله **(لأن شراء الأول قائم)** يعني أن شراء العبد الأول قائم لم يتغير حاله بالخصومة **(وقد حصل غرضه المصرّح به)** أي وقد حصل عند اشتراء الباقي غرض الأول الذي صرح به **(وهو تحصيل العبدين بألف وما ثبت الانقسام)** أي لم يثبت **(إلا دلالة والصريح يفوقها)** أي يفوق الدلالة: يعني أن الانقسام بالسوية إنما كان ثابتاً بطريق الدلالة، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطلت الدلالة. **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي)** أي والحال أنه قد بقي **(من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز)** ولزم الآمر **(لأن التوكيل مطلق)** أي غير مقيد بخمسمائة **(لكنه يتقيد بالمتعارف وهو)** أي المتعارف **(فيما قلنا)** أي فيما يتغابن الناس فيه **(ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي)** من العبدين **(ليمكنه)** أي ليمكن المأمور **(تحصيل غرض الآمر)** وهو تملك العبدين معاً **(قال)** أي محمد في

وإن قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الألف قبل الاختصام لثبوت المخالفة. ووجه الاستحسان أن شراء الأول قائم، فإذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بألف والانقسام بالسوية كان ثابتاً بطريق الدلالة، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة. وقال أبو يوسف ومحمد: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز لأن التوكيل وإن حصل مطلقاً لكنه تقيد بالمتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس، لكن لا بد أن يبقى من الألف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض الآمر. قال: **(ومن له على آخر ألف الخ)** ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها عبداً معيناً صح على الآمر ولزمه قبضه وإن مات قبله عند المأمور، لأن في تعيين المبيع تعيين البائع؛ ولو عين البائع جاز كما سنذكره، فكذا إذا عين المبيع بالاتفاق، وإن أمره أن يشتري بها عبداً بغير عينه فاشتراه، فإن قبضه الآمر فهو له كذلك، وإن مات في يد الوكيل قبل أن يقبضه الآمر مات من مال الوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور، وعلى هذا الخلاف إذا أمر من عليه الدين أن يسلم ما عليه أو يصرف ما

قال المصنف: **(لأن شراء الأول قائم)** أقول: في الكافي: فإن قيل الخلاف قد تحقق والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل؟ قلنا: العمل بالصريح أولى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين بألف، وإنما عملنا بالدلالة إذا لم يعارضها الصريح، فإذا جاء الصريح بطل العمل بها انتهى. فلا تعتبر مخالفة الدلالة إذا حصل موافقة الصريح فيكون من قبيل التبيين قوله: **(لأن التوكيل، إلى قوله: بالمتعارف)** أقول: في تقريره قصور.

جاز) لأن في تعيين المبيع تعيين البائع؛ ولو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى. قال: **(وإن أمره أن يشتري بها عبداً بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري، وإن قبضه الآمر فهو له)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله **(وقالا: هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور)** وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه. لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً؛ ألا يرى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لأن يد الوكيل

الجامع الصغير **(ومن له على آخر ألف درهم فأمره)** أي الآخر **(بأن يشتري بها)** أي بتلك الألف **(هذا العبد)** يعني العبد المعين **(فاشتراه جاز)** ولزم الآمر قبضه أو مات قبله عند المأمور **(لأن في تعيين المبيع تعيين البائع، ولو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى)** يشير إلى ما سيذكره بقوله بخلاف ما إذا عين البائع الخ **(وإن أمره أن يشتري بها)** أي بالألف التي عليه **(عبداً بغير عينه فاشتراه فمات في يده)** أي فمات العبد في يد المشتري **(قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري)** فالألف عليه **(وإن قبضه الآمر فهو)** أي العبد **(له)** أي للآمر **(وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا)** أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله **(هو)** أي العبد **(لازم للآمر إذا قبضه المأمور)** سواء قبضه الآمر أو مات في يد المأمور. قال المصنف **(وعلى هذا)** أي على هذا التفصيل **(إذا أمره)** أي إذا أمر من عليه الدين **(أن يسلم ما عليه)** أي يعقد عقد السلم **(أو يصرف ما عليه)** أي أو يعقد عقد الصرف فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق، وإلا فعلى الاختلاف. قال الشراح: وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس. أقول: فيه نظر، إذ قد سبق في أوائل هذا الفصل مسألة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مدللة ومفصلة مع التعرض لأحوال القبض مستوفي، فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما، وهل يليق بشأن المصنف دفع مثل ذلك التوهم. فالحق عندي أن تخصيصهما بالذكر إنما هو لإزالة ما يتردّد في الذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في بابي السلم والصرف أيضاً أم لا، بناء على أن لهما شأناً مخصوصاً في بعض الأحكام، فقوله هذا على نهج قوله فيما مرّ في آخر مسألة التوكيل بشراء شيء بغير عينه، والتوكيل في الإسلام بالطعام على هذه الوجوه **(لهما)** أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً)** يعني سواء كانت الدراهم والدنانير ديناً ثابتاً في الذمة أوعيناً غير ثابتة في الذمة، ونوّر ذلك بقوله **(ألا يرى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد)** ويجب مثل الدين وكل ما لا يتعين بالتعيين كان الإطلاق والتقييد فيه سواء **(فصار الإطلاق)** بأن قال بألف ولم يضفه إلى ما عليه **(والتقييد)** بأن أضافه إلى ما عليه **(فيه)** أي في العقد المزبور **(سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر)** أي ويلزم العقد الآمر، وصار

عليه، فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق، وإلا فعلى الاختلاف، وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس **(لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ديناً كان أو عيناً؛ ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد)** وما لا يتعين بالتعيين كان الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر، لأن يد الوكيل كيده فصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات؛ ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت)** ونقل الناطفي عن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاماً فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل. والمسألتان تدلان على أن النقود في الوكالة تتعين بالتعيين، لكن المذكورة في الكتاب لا تفصل بين ما قبل القبض وبعده، والأخرى تدل على أنها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب. قال في النهاية: هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل، وأما قبل التسليم إليه فلا تتعين في

قوله: (وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم الخ) أقول: فيه تأمل.

كيده. ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات؛ ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون أن

كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين فإنه يجوز **(ولأبي حنيفة رحمه الله أنها)** أي الدراهم والدنانير **(تتعين في الوكالات)** قال صاحب النهاية: لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل. وأما قبل التسليم إليه فلا تتعين في الوكالات أيضاً بالإجماع لأنه ذكر في الذخيرة. وقال: قال محمد في الزيادات: رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الألف الدرهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل. ثم قال: والأصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف، لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء فتعتبر بنفس الشراء، والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء. وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تتعين؟ اختلف المشايخ فيه. بعضهم قال: تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا أن الوكالة وسيلة إلى الشراء والدراهم والدنانير يتعينان في الشراء بعد التسليم، فكذا فيما هو وسيلة إليه، ولأن يد الوكيل يد أمانة، والدراهم والدنانير يتعينان في الأمانات. وعامتهم على أنها لا تتعين. وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ شيئان: أحدهما يؤقت بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة، فإن العرف الظاهر فيما بين الناس أن الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل. والثاني قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل، وهذا لأن شراء الوكيل يوجب دينين، ديناً للبائع على الوكيل، وديناً للوكيل على الموكل، إلى هنا لفظ النهاية. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بنوع إجمال: ولقائل أن يقول: فعلى هذا في كلام المصنف نظر، لأنه أثبت قول أبي حنيفة يقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة بمائتي سنة. والجواب أن المصنف لم يتعرّض بأن ذلك قول بعض المشايخ، فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد رحمه الله في الزيادات من التقييد بعد التسليم انتهى. أقول: ليس السؤال بشيء ولا الجواب. أما الأول فلأن بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة لم يقولوا ما ذهبوا إليه من تعين النقود في الوكالات بعد التسليم إلى الوكيل باجتهادهم من عند أنفسهم بل بتخريجهم إياه من أصل أبي حنيفة كما هو حال أصحاب التخريج في كثير من المسائل فكان ما ذكره المصنف هاهنا من قبيل إثبات قول أبي حنيفة بأصله على تخريج بعض المشايخ، وأمثال هذا أكثر من أن تحصى. وأما الثاني فلأن حاصله أن المصنف أخذ ما ذكره هاهنا من مفهوم قول محمد في الزيادات فلم يسلمها إلى الوكيل. فيرد عليه أن محمداً لم يذكر الخلاف هناك، فإن لم يكن ما ذكره على قول نفسه فقط فلا أقل من أن يكون ذلك مما قال به أيضاً، فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم أن يكون المشتري للوكيل عند محمد فيما إذا سلم الموكل الدراهم إلى الوكيل وقال له اشتر لي بها عيناً فاشتراه وقبضه فهلك في يده قبل أن يقبضه الآمر مع أن قول محمد وقول أبي يوسف بخلافه كما صرّحوا به قاطبة، وذكر في مسألة الكتاب، وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر، إذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى. أقول: هو مدفوع بحمل إطلاق ما في الكتاب على ما هو المقيد في كلام

الوكالات أيضاً بالإجماع لأنه ذكر في الذخيرة. وقال: قال محمد رحمه الله في الزيادات: رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الألف درهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل. ثم قال: والأصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف، لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بنفس الشراء، والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم، فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء. وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تتعين؟ اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: تتعين لما ذكرنا، وعامتهم على أنها لا تتعين ثم قال: وفائدة النقل والتسليم على قول العامة تأقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة، وهذا قول منهم تتعين بالتعيين لأن المراد به هو التوقت

يوكله بقبضه وذلك لا يجوز، كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمراً بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض

الثقات، إذ قد تقرّر في الأصول أن المطلق والمقيد إذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وهاهنا كذلك فتدبر **(ألا ترى)** تنوير لتعين الدراهم والدنانير في الوكالات **(أنه)** أي الآمر **(لو قيد الوكالة بالعين منها)** أي من الدراهم والدنانير **(أو بالدين منها ثم استهلك)** أي الآمر أو الوكيل **(العين)** كذا في معراج الدراية ويجوز أن يكون استهلك على بناء المفعول **(أو أسقط)** أي الموكل **(الدين)** بأن أبرأه عن الدين بعد التوكيل كذا في معراج الدراية أيضاً. ويجوز فيه أيضاً بناء المفعول **(بطلت الوكالة)** جواب لو قيد الوكالة. ونقل الناطفي في الأجناس عن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاماً فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل. ثم قال: هذه المسألة تدل على أن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة. قال صاحب النهاية: إنما قيد: يعني المصنف بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك. والدليل على هذا ما ذكره الإمام قاضيخان في السلم من بيوع فتاواه فقال: رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم ليشتري بها ثوباً قد سماه فأنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوباً للآمر بدراهم نفسه فإن الثوب للمشتري لا للآمر، لأن الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها، ولو اشترى ثوباً للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وأمسك دراهم الآمر كان الثوب للآمر وتطيب له دراهم الموكل استحساناً، كالوارث والوصي إذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه. أقول: دلالة ما نقله عن الإمام قاضيخان على أن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة. غاية الأمر أنه صوّر المسألة بما إذا أنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل، ولا يلزم منه أن لا يكون الحكم كذلك فيما إذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل؛ ألا يرى أنه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها، ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك. وقال صاحب غاية البيان: قال بعض الشارحين: إنما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك

ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه. ولقائل أن يقول: فعلى هذا في كلام المصنف نظر، لأنه أثبت قول أبي حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة بمائتي سنة. والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ، فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيادات من التقييد بعد التسليم. ثم قال صاحب النهاية: إنما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به، ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسألة تدل على ذلك. ورد بأنه مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة، بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كأن عينها باقية، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما قوله: **(وإذا تعينت)** هو تتمة الدليل. وتقريره أنها تتعين في الوكالات، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بالقبض، وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم، كما إذا اشترى بدين على غير المشتري

قوله: **(قال في النهاية هذا)** أقول: أي التعيين قوله: **(ثم قال والأصل أن الدراهم الخ)** أقول: يعني قال في الذخيرة قوله: **(لأن المراد به هو التوقت ببقائها الخ)** أقول: فيه نظر، فإن التوقت عادي لا شرعي فافهم. ثم اعلم أن الضمير في قوله به راجع إلى التعيين قوله: **(وقطع الرجوع الخ)** أقول: عطف على قوله توقت بقاء الوكالة كما لا يخفى وفائدة ثانية قوله: **(على الموكل)** أقول: متعلق بقطع، والظاهر أن يقال عن بدل على قوله: **(ولقائل أن يقول)** أقول: تأمل فيه قوله: **(والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ الخ)** أقول: فيه نظر، إذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر قوله: **(من التقييد بعدم التسليم)** أقول: حيث قال فلم يسلمها قوله: **(ورد بأنه مخالف)** أقول: الرد للإتقاني إلى آخر قوله بل إنما قيد المصنف قوله: **(بطلت الوكالة)** أقول: ويدل عليه ظاهر الفائدة الأولى قوله: **(لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الخ)** أقول: فحينئذ يكون استهلك على بناء المفعول قوله: **(لأنه يضمن الدراهم الخ)** أقول: بخلاف ما إذا هلك فإنه لا يضمن.

قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط ما لي عليك من شئت، بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلاً عنه في القبض

دون الهلاك، هذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة. فأقول: كأن المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم، إلى هنا كلامه. وقال صاحب العناية: ثم قال صاحب النهاية: إنما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به، ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسألة تدل على ذلك. ورد بأنه مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة، بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كأن عينها باقية، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما انتهى. أقول: هذا حاصل ما ذكره صاحب العناية خلا قوله ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسألة تدل على ذلك، وأنه ليس بسديد، إذ لم نجد في نسخ النهاية هنا مسألة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك، بل المذكور فيها هاهنا إنما هي مسألة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل **(فإذا تعينت)** أي الدراهم والدنانير، وهذا من تتمة الدليل، وتقريره أن الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات، وإذا تعينت **(كان هذا)** أي التوكيل المذكور **(تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله)** أي ذلك الغير **(بقبضه)** أي بقبض الدين **(وذلك)** أي تمليك الدين على الوجه المزبور **(لا يجوز)** لعدم القدرة على التسليم **(كما إذا اشترى بدين على غير المشتري)** بأن كان لزيد على عمرو مثلاً دين فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو فإنه لا يجوز، فكان تقديره كما إذا اشترى المشتري شيئاً بدين على غير نفسه، كذا في النهاية وعليه أكثر الشراح. وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام: أي كما إذا اشترى هذا المأمور بدين هو حق الآمر على غير هذا المأمور انتهى. ووافقه صاحب الغاية حيث قال: يعني كما إذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما إذا أمره زيد مثلاً أن يشتري بدين لزيد على عمرو شيئاً من آخر فإنه لا يجوز لكونه

بأن كان لزيد على عمرو دين مثلاً فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو فإنه لا يجوز لذلك **(أو يكون أمراً بصرف)** أي بدفع **(مالاً يملكه إلا بالقبض قبل القبض، وذلك)** لأن الديون تقضى بأمثالها، فكان ما أدى المديون إلى البائع أو إلى رب الدين ملك المديون، ولا يملكه الدائن قبل القبض، والأمر بدفع ما ليس بملكه **(باطل)** وصار **(كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت)** فإنه باطل لأنه أمر بصرف مالاً يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه قوله: **(بخلاف ما إذا عين البائع)** يعني بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع أو المسلم إليه فإن التوكيل صحيح لازم للآمر **(لأنه يصير)** البائع أوّلاً **(وكيلاً عنه في القبض ثم يتملكه)** وذلك ليس بتمليك الدين من غير من عليه الدين ولا أمرا بصرف ما لم يقبض. واعترض بأنه لو اشترى شيئاً بدين على آخر ينبغي أن يجوز أن يجعله وكيلاً بالقبض أو لا لكونه معيناً. وأجيب بأن عدم الجواز هاهنا لكونه بيعاً بشرط وهو أداء الثمن على الغير قوله: **(وبخلاف)** جواب ممن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب وقدمناه في سياق دليلهما وذلك ظاهر. وقوله: **(وإذا لم يصح التوكيل)** رجوع إلى أول البحث: يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المأمور، فإذا هلك عنده هلك من ماله لكن إذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي، فإن هلك عنده هلك من ماله. قال: **(ومن دفع إلى آخر ألفاً الخ)** رجل دفع إلى آخر ألفاً وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول

قال المصنف: **(كما إذا اشترى بدين على غير المشتري)** أقول: قال في النهاية: تقديره كما إذا اشترى المشتري شيئاً بدين على غير نفسه انتهى. وقال الإتقاني: يعني كما إذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما إذا أمره زيد مثلاً أن يشتري بدين لزيد على عمرو شيئاً من آخر فإنه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين، فكذا ما نحن فيه وهو ما إذا أمر الوكيل أن يشتري بدين على الوكيل عبداً بغير عينه انتهى. فبين كلامه وكلام النهاية تفاوت لا يخفى.

ثم يتملكه، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدّق لأنه جعل المال لله وهو معلوم. وإذ لم يصح التوكيل نفذ الشراء على

تمليك الدين من غير من عليه الدين، فكذا فيما نحن فيه انتهى. وبين المعنيين تغاير لا يخفى **(أو يكون أمراً بصرف)** أي بدفع **(مالاً يملكه إلا بالقبض قبله)** أي قبل القبض متعلق بصرف، وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين لغير من عليه الدين؛ والمعنى: أو يكون التوكيل المذكور أمراً من ربّ الدين للمديون بدفع مالاً يملكه ربّ الدين إلا بالقبض قبل القبض، وذلك لأن الديون تقضي بأمثالها فكان ما أدّى المديون إلى البائع أو إلى ربّ الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض **(وذلك باطل)** أي أمر الإنسان بدفع ما لا يملكه باطل **(كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت)** فإنه باطل، لأنه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه **(بخلاف ما إذا عين البائع)** يعني بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع، فإن التوكيل صحيح هناك **(لأنه)** أي البائع **(يصير)** أولاً **(وكيلاً عنه)** أي عن الموكل **(في القبض)** تصحيحاً لتصرفه بقدر الإمكان **(ثم يتملكه)** أي ثم يتملكه البائع فيصير قابضاً لرب الدين أوّلاً ثم يصير قابضاً لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه، وكذا إذا عين المبيع لأن في تعيين المبيع تعيين البائع كما مر في صدر المسألة فصار كما لو عين البائع، ومتى أبهم المبيع أو البائع يكون البائع مجهولاً والمجهول لا يصلح وكيلاً. قيل: يشكل بما لو آجر حماماً بأجرة معلومة وأمر المستأجر بالمرمة من الأجرة فإنه يجوز، وإن كان هذا أمراً بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الأجير من غير أن يوكله بقبضه لأن الأجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح. وأجيب بأن ذاك قولهما، ولئن كان قول الكل فإنما جاز باعتبار الضرورة، فإن المستأجر لا يجد الآجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائماً مقام الآجر في القبض، كذا في الكفاية وغيرها. واعترض بأنه لو اشترى شيئاً بدين على آخر ينبغي أن يجوز أن يجعل البائع وكيلاً بالقبض أوّلاً لكونه معيناً. وأجيب بأن عدم الجواز هنا لكونه بيعاً بشرط وهو أداء الثمن على الغير، كذا في العناية وبعض الشراح. أقول: في هذا الجواب بحث، أما أوّلاً فلأن البائع لو جعل هنا وكيلاً بالقبض لم يكن العقد بيعاً بشرط أداء الثمن على الغير، بل يكون أداء الثمن على المشتري بيد وكيله كما فيما إذا كان الموكل عين البائع. وأما ثانياً فلأن النقود لما لم تتعين في المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور هنا أصلاً. وأما ثالثاً فلأنه لو كان عدم الجواز هنا لكونه بيعاً بشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه لما كان لقول المصنف فيما مر آنفاً كما إذا اشترى بدين على غير المشتري ارتباط بما قبله، ولما كان لقول صاحب العناية في شرح ذلك فإنه لا يجوز لذلك معنى، فإن أمكن تخليص كلام المصنف بحمل مراده بقوله كما إذا اشترى بدين على غير المشتري على المعنى الذي ذهب إليه بعض الشراح دون المعنى الذي ذهب إليه أكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب العناية فإنه ذهب إلى ما ذهب إليه الأكثر فتأمل. وأجيب عن الاعتراض المذكور في بعض

للمأمور، ومراده إذا كانت تساوي الألف لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فالقول قول المنكر، فإن كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول للآمر لأن الوكيل خالف إلى شرّ حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر تناول ما يساوي ألفاً فيضمن، فإن لم يكن دفع الألف إليه واختلفا فالقول للآمر، أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة إلى شرّ وإن كانت قيمتها ألفاً فمعنى قوله فالقول للآمر يتحالفان ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير أن الجارية إذا كانت تساوي ألفاً وجب أن يلزم الآمر سواء قال المأمور اشتريتها بألف أو بأقل منها، لأنه لما اشتراها بألف كان موافقاً للآمر، وإن اشتراها بأقل كان مخالفاً إلىٰ خير وذلك يلزم الآمر، وهذا لأنهما في هذا أي في هذا

قوله: **(وذلك ليس بتمليك الخ)** أقول: إذ يقول إذا قبضه يكون عيناً قوله: **(واعترض بأنه لو اشترى الخ)** أقول: مخالف لقوله فإنه لا يجوز لذلك قوله: **(وأجيب بأن عدم، إلى قوله: على الغير)** أقول: النقود لا تتعين في المعاوضات فكيف يصح حديث الاشتراط.

المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطياً. قال: **(ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة. وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور)** ومراده إذا كانت

الشروح بوجه آخر أيضاً، وهو أن البائع لو صار وكيلاً فإنما يصير وكيلاً في ضمن المبايعة، ولا بد من أن يثبت المتضمن ليثبت المتضمن، والمبايعة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن، بخلاف ما نحن فيه لأن التوكيل بالقبض يثبت فيه بأمر الآمر، وأنه يسبق الشراء، وبخلاف ما إذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الأمر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لأن الملك يتوقف إلى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقاً على التمليك معنى **(وبخلاف ما إذا أمره بالتصدّق)** جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب وقد ذكرناه في سياق دليلهما **(لأنه)** أي الآمر بالتصدق **(جعل المال لله تعالى)** ونصب الفقير وكيلاً عن الله عزّ وجل في قبض حقه، كذا في الكافي وغيره **(وهو معلوم)** أي الله تبارك وتعالى معلوم فكان كتعيين البائع في المسألة الأولى. وأما مسألة التصادق في الشراء بأن لا دين له عليه فلأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء عيناً أو ديناً ولكن يتعينان في الوكالات، فلما لم يتعينا في الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين، كذا ذكره الإمام المرغيناني والمحبوبي وقاضيخان **(وإذا لم يصح التوكيل)** رجوع إلى أوّل البحث: يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح **(نفذ الشراء على المأمور فهلك من ماله)** يعني إذا هلك هلك من مال المأمور **(إلا إذا قبضه الآمر منه)** فإنه إذا هلك حينئذ هلك من مال الآمر **(لانعقاد البيع)** بينهما **(تعاطيا)** فكان هالكاً في ملك الآمر. قال الإمام الزيلعي في التبيين: وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالإجماع، وكذا بعده عند عامتهم لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بالشراء، وعزاه إلى الزيادات والذخيرة، فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة. والتعليل الصحيح له أن يقال: إن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، فكذا التوكيل به، وإنما جاز في المعين لكونه أمراً له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلاً للمدين بالتمليك، وإن لم يكن معيناً لا يصح الأمر للمجهول فكان توكيلاً للمدين بالتمليك في الإسلام والشراء والصرف ولا يجوز، إلى هنا كلامه. أقول: فيه نظر إذ لا يلزمهما التعليل الذي ذكره أيضاً، إذ يجوز أن يقال من قبلهما إن عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضي عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه، فإنه لما لم تتعين النقود في الوكالات لم يكن لتعيين الآمر الألف التي على المأمور تأثير فيما أمره به من اشتراء عبد له، بل صح اشتراء المأمور عبداً له بأية ألف كانت، فكان ذكر تلك الألف في التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل. وقد أشار إليه المصنف في أثناء دليلهما حيث قال: فكان الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل، ولا بد في تمام التعليل من قبل أبي حنيفة رحمه الله من المصير إلى تعيين النقود في الوكالات وإن كان

الفصل ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف، فإذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المأمور، وفيه مطالبة وهي أن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والأمانة، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة، فما الحكم في ذلك؟ والجواب أن في الأول سبقت الأمانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه، بخلاف الثاني. قال: **(ولو أمره أن يشتري له هذا العبد الخ)** وإذا أمره بشراء عبد معين ولم يسم ثمناً فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه. قيل لا تحالف هاهنا وهو قول أبي جعفر الهندواني لأن تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد، ولو أنشأه لزم الآمر فكذا هاهنا، بخلاف المسألة الأولى فإن البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه **(وقيل يتحالفان كما ذكرنا)** فإن قيل:

قال المصنف: **(فالقول قول المأمور)** أقول: قال صدر الشريعة بلا يمين قال المصنف: **(ومراده)** أقول: يعني مراد محمد رحمه الله
قال المصنف: **(لأنه أمين فيه)** أقول: ولم يعتبر هنا المبادلة الحكمية لسبق الأمانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح.

تساوي ألفاً لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر، فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والأمر تناول ما يساوي ألفا فيضمن. قال: **(وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر)** أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وإن كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف، ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور. قال: **(ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمناً فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه)** قيل لا تحالف هاهنا لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع، إذ هو حاضر وفي المسألة الأولى وهو

على قول بعض المشايخ كما فعله المصنف، فلله دره في تدقيقه وتحقيقه **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن دفع إلى آخر ألفاً وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور)** إلى هنا لفظ الجامع الصغير. قال المصنف **(ومراده)** أي مراد محمد **(إذا كانت)** أي الجارية **(تساوي ألفاً)** يعني أن الحكم المذكور وهو كون القول قول المأمور فيما إذا كانت قيمة الجارية ألفاً **(لأنه)** أي المأمور **(أمين فيه)** أي في الخصوص المزبور **(وقد ادعى الخروج عن عهد الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو)** أي المأمور **(ينكر)** والقول قول المنكر **(فإن كانت)** أي الجارية **(تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه)** أي الوكيل **(خالف)** أي خالف الآمر إلى شرّ **(حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والأمر يتناول ما يساوي ألفاً)** وأيضاً فيه غبن فاحش **(فيضمن)** أي المأمور لأنه لا يملك أن يخالف الآمر إلى شرّ ولا أن يشتري بغبن فاحش **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإن لم يكن دفع إليه الألف)** واختلفا **(فالقول قول الآمر، أما إذا كانت قيمتها)** أي قيمة الجارية **(خمسمائة فللمخالفة)** ولتحقيق الغبن الفاحش كما مر آنفاً **(وإن كانت قيمتها ألفاً، فمعناه)** أي فمعنى قول محمد فالقول قول الآمر **(أنهما يتحالفان)** ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير: إن الجارية إذا كانت تساوي ألفا وجب أن تلزم الآمر سواء قال المأمور اشتريتها بألف أو بأقل منها، لأنه إن اشتراها بألف كان موافقاً للآمر، وإن اشتراها بأقلّ منها كان مخالفاً إلى خير، وكل ذلك يلزم الآمر، كذا في العناية وغيرها. أقول: بقي هاهنا شيء، وهو أن المذكور في قول محمد فالقول قول الآمر والتحالف يخالفه فكيف يكون هذا معنى ذاك؟ والجواب الذي أشار إليه المصنف في المسألة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا يتمشى هنا كما لا يخفى على المتأمل. قال المصنف **(لأن الموكل والوكيل في هذا)** أي في هذا الفصل **(ينزلان منزلة البائع والمشتري)** للمبادلة الحكمية بينهما **(وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ)** يعني فإذا تحالفا يفسخ **(العقد الذي جرى بينهما)** أي بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمي **(فتلزم الجارية المأمور)** قيل هنا مطالبة وهي أن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والأمانة، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك؟ وأجيب بأن في الأول سبقت الأمانة المبادلة، والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسمّ له ثمناً فاشتراه)** ووقع الاختلاف في الثمن **(فقال**

المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه. أجاب بقوله: **(وقد ذكر)** يعني محمداً **(معظم يمين التحالف وهو يمين البائع)** لأن البائع وهو الوكيل مدّع ولا يمين على المدعي إلا في صورة التحالف. وأما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين، فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين فإذا وجبت على المدعي فعلى المنكر أولى قوله: **(والبائع بعد استيفاء الثمن)** جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع بأن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما

قال المصنف: **(فالقول للآمر)** أقول: يعني لا يلزم الآمر فيكون قوله مقبولاً مع اليمين قال المصنف: **(لأنه خالف حيث اشترى الخ)** أقول: ولأن فيه غبناً فاحشاً فلا يلزم الآمر قوله: **(فمعنى قوله فالقول للآمر الخ)** أقول: وأنت خبير بأنه يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز لكن المصنف يجوزه إذا كان بسببين مختلفين والكلام في وجود القرينة الصارفة فإنها ليست بظاهرة هنا كظهورها في المسألة الثالثة.

غائب، فاعتبر الاختلاف، وقيل يتحالفان كما ذكرنا، وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فيبقى الخلاف، وهذا قول الإمام أبي منصور رحمه الله وهو أظهر.

الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور) اشتريته **(بألف وصدق البائع)** أي بائع العبد **(المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه)** إلى هنا لفظ الجامع الصغير. قال المصنف **(قيل لا تحالف هاهنا)** وهو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني **(لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو)** أي البائع **(حاضر)** فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد، ولو أنشأ العقد لزم الآمر فكذا هاهنا **(وفي المسألة الأولى هو)** أي البائع **(غائب فاعتبر الاختلاف)** لعدم ما يرفعه ووجب التحالف **(وقيل يتحالفان)** في هذه المسألة أيضاً وهو قول الشيخ أبي منصور الماتريدي **(كما ذكرنا)** أي في المسألة الأولى من أنهما ينزلان منزلة البائع والمشتري، وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف، ولما استشعر أن يقال كيف قيل إنهما يتحالفان وقد نص محمد في الجامع الصغير أن القول قول المأمور مع يمينه والتحالف مخالفة أجاب بقوله **(وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع)** يعني أن محمداً اكتفى بذكر معظم اليمين من يميني التحالف. وهو يمين البائع: أي المأمور لأنه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمر حكماً، وإنما قال إن يمين البائع الذي هو المأمور معظم يميني التحالف لأنه مدّع هاهنا ولا يمين على المدعي إلا في صورة التحالف، وأما المشتري وهو الآمر فمنكر، وعلى المنكر اليمين في كل حال، فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين، ثم إذا وجب اليمين على المأمور وهو المدعي فلأن تجب على الآمر وهو المنكر أولى، كذا في الشروح. قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام على هذا النمط: هكذا ذكر المشايخ إلا أن فيه إشكالاً، لأنه وإن كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك، فإن قوله إن القول قول المأمور مع يمينه يدل على أن المأمور يصدق فيما قاله، وفي التحالف لا يصدق واحد منهما، فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك انتهى كلامه فتأمل **(والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما)** هذا جواب عن تعليل القول الأول بقوله لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر: يعني أن بائع العبد بعد استيفاء الثمن أجنبي عن الموكل والوكيل معاً **(وقبله)** أي قبل استيفاء الثمن **(أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما)** أي بين البائع والموكل **(بيع)** فلم يكن كلامه معتبراً **(فلا يصدق عليه)** أي على الموكل **(فبقي الخلاف)** بين الآمر والمأمور فلزم التحالف. قال المصنف **(وهذا)** أي القول بالتحالف **(قول الإمام أبي منصور وهو أظهر)** وقال صاحب الكافي: وهو الصحيح، ولكن جعل الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير قول الفقيه أبي جعفر أصح. قال الإمام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا: هذا إذا تصادقا على الثمن عند التوكيل، وإن اختلفا فقال الوكيل أمرتني بالشراء بألف وقال الموكل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه، ويلزم العبد الوكيل لأن الأمر يستفاد من جهته فكان القول قوله، فلو أقاما البينة فبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الإثبات، كذا في النهاية ومعراج الدراية. أقول: يرد على ظاهره أن وضع هذه المسألة فيما إذا لم يسمّ عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح أن يقول الإمام المحبوبي بعد ذلك هذا إذا تصادقا على الثمن؟ ويمكن الجواب بأن التصادق في الثمن خلاف التخالف فيه، فيصوّر بأن يتصادقا على تسمية الثمن المعين، وبأن يتصادقا على عدم تسمية الثمن أصلاً. وبالجملة يجوز أن يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث تسميته، والثاني هو المراد في قول الإمام المحبوبي.

وقبله أجنبي عن الموكل إذا لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبراً فبقي الخلاف والتحالف. قال المصنف **(وهذا قول الإمام أبي منصور وهو أظهر)** قال في الكافي: وهو الصحيح.

قال المصنف: **(وقد ذكر معظم يمين التحالف)** أقول: ونظيره ما سيجيء في باب التحالف من قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع» قال المصنف: **(وهو أظهر)** أقول: وإنما كان أظهر لأن تصديق البائع لو رفع الخلاف وصار تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد بقي قوله مع يمينه بلا فائدة.

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال: (وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بألف ودفعها إليه، فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقاً على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكر في فصل على حدة، كذا في العناية وكثير من الشروح. واستشكله بعض الفضلاء بأن الكلام لا يتناول إلا للمسألة الأولى إن أريد الشراء وكالة، وإلا فللثانية لا غير فيحتاج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، إذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء أصالة فيتناول الكلام المسألتين معاً. وأما الاحتياج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فأمر ضروري على كل حال، لأن المحذور أن لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء لا أن يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك، إذ نفس الشراء مطلقاً ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعاً. ثم أقول في استشكال ما في الشروح: التوجيه الذي ذكروه لا يتناول المسألة الثانية، بل إنما يتمشى في المسألة الأولى لأن شراء العبد نفسه من مولاه إنما يصير إعتاقاً على مال أن لو كان شراؤه نفسه من مولاه لنفسه. وأما إذا كان لغيره فلا. والتوكيل في المسألة الثانية إنما هو بشراء العبد نفسه من مولاه للموكل، فإن وافق العبد أمر الآمر فشراؤه ليس بإعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض، وإن خالف أمره فيكون شراؤه إعتاقاً على مال، ولا ينافي كون التوكيل في هاتيك المسألة من مسائل فصل التوكيل بالشراء، إذ المسألة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المأمور لأن الآمر كما في كثير من مسائل هذا الفصل وغيره. وأما التوكيل في المسألة الأولى فإنما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد، فإذا وافق وكيله أمره فاشترى نفسه من مولاه له يصير ذلك الشراء إعتاقاً على مال معنى، وإن كان شراء صورة فجرى التوجيه المذكور في هذه المسألة دون الأخرى فكان قاصراً. قال في النهاية ومعراج الدراية: ثم إن الألف واللام في قول المصنف في التوكيل بشراء نفس العبد بدل الإضافة وتلك الإضافة إضافة المصدر إلى الفاعل والفاعل هو العبد بالنظر إلى المسألة الأولى: أي توكيل العبد الأجنبي بشراء نفسه والأجنبي بالنظر إلى المسألة الثانية: أي توكيل الأجنبي العبد بشراء نفسه انتهى.

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقاً له على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكره في فصل على حدة. والتوكيل بشراء نفسه العبد من مولاه على وجهين: أن يوكل العبد رجلاً ليشتريه من مولاه وهو المسألة الأولى. وأن يوكل العبد رجلاً ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الأول موكل وفي الثاني وكيل، وكلام المصنف يتناولهما بجعل الألف واللام بدلاً من المضاف إليه، وجعل المصدر مضافاً إلى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد رجلاً أو في توكيل العبد رجل. قال: (وإذا قال العبد لرجل الخ) إذا وكل العبد رجلاً بأن يشتري له نفسه من مولاه بألف درهم ودفعها إليه فلا يخلو إما أن يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه أو لم يعينه، فإن عينه فباعه المولى على ذلك فهو حرّ والولاء للمولى، أما أنه حرّ فلأن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال والإعتاق على مال يتوقف على وجود

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قوله: (لما كان شراء العبد نفسه الخ) أقول: أي وكالة فيتناول المسألتين، إذ في الأول شراء نفسه بوكيل، وفي الثانية وكيل أيضاً إلا أنه خالف أمر الموكل، ولا يخفى عليك ما فيه، بل لا يتناول الكلام لا للمسألة الأولى إن أريد الشراء وكالة، وإلا فللثانية لا غير فيحتاج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل. والأظهر أن يقال: لما كان تصرف الوكيل في هذه الوكالة شراء على تقدير وإعتاقاً على تقدير بخلاف غيره ناسب أن يذكر في فصل على حدة، وفي قوله من مولاه إعتاقاً على مال

فباعه على هذا فهو حرّ والولاء للمولى) لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه، وإذا كان إعتاقاً أعقب الولاء **(وإن لم يعين للمولى فهو**

وقال في العناية: والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين: أن يوكل العبد رجلاً ليشتريه من مولاه وهو المسألة الأولى، وأن يوكل العبد رجل ليشتري نفسه من مولاه. فالعبد في الأول موكل، وفي الثاني وكيل. وكلام المصنف يتناولهما بجعل الألف واللام بدلاً من المضاف إليه، وجعل المصدر مضافاً إلى الفاعل أو المفعول، وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد رجلاً أو في توكيل العبد رجل انتهى. أقول: تناول قول المصنف فصل في التوكيل بشراء نفس العبد للمسألتين على كلا التقديرين إنما يكون على سبيل البدل وفي ذلك تعسف لا يخفى، فالأوجه أن يقدر كل واحد من المضاف إليه والمتروك أمراً عاماً، مثل أن يقال: فصل في توكيل أحد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحدة من المسألتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى)** أي من مولاي **(بألف ودفعها)** أي دفع العبد الألف **(إليه)** أي إلى الرجل الذي وكله **(فإن قال الرجل)** أي الوكيل **(للمولى اشتريته أي العبد لنفسه)** أي لنفس العبد **(فباعه على هذا)**أي فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه **(فهو حرّ)** أي فذلك العبد حرّ يعني صار حرّاً **(والولاء للمولى)** أي وولاء ذلك العبد للمولى **(لأن بيع نفس العبد منه)** أي من العبد **(إعتاق)** أي إعتاق على مال، والإعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق، وقد وجد ذلك كما أشار إليه بقوله **(وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه)** أي عن العبد حيث أضاف العقد إليه **(إذ لا يرجع إليه الحقوق)** أي لا يرجع إلى المأمور حقوق العقد، لأنه متى أضاف العقد إلى العبد فقد جعل نفسه رسولاً، ولا عهدة على الرسول، وإذا كان كذلك **(فصار كأنه)** أي العبد **(اشترى)** نفسه **(بنفسه)** أي بلا واسطة **(وإذا كان إعتاقاً)** أي وإذا كان بيع نفس العبد من العبد إعتاقاً لذلك العبد **(أعقب الولاء)** أي أعقب الولاء للمعتق فثبت أن العبد في هذه الصورة صار حرّاً

القبول من المعتق وقد وجد ذلك، لأن شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير حيث أضاف العقد إلى موكله والحقوق لم ترجع إليه فصار كأن العبد اشترى نفسه بنفسه، وأما أن الولاء للمولى فلأنه إذا كان إعتاقاً أعقب الولاء للمعتق، وإن لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري، لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن، وقد أمكن إذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة. فإن قيل: لا نسلم أن العمل بالحقيقة ممكن لأنه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه. فالجواب سيأتي بخلاف شراء العبد نفسه فإن الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف أخرى ثمناً للعبد، فإنه أي الثمن في ذمة المشتري لأن الأداء لم يصح. قال في النهاية: وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشتري، وأما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى؟ قال الإمام قاضيخان في الجامع الصغير: وفيما إذا بيّن الوكيل للمولى أن يشتريه للعبد هل يجب العبد ألف أخرى؟ لم يذكر في الكتاب، وينبغي أن يجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلاً عن ملكه. قلت: وفي كلام المصنف ما يشير إليه، فإنه جعل شراء نفسه قبوله الإعتاق ببدل، فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان إعتاقاً بلا بدل، وهذا **(بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد)** يعني أن يوكل أجنبي أجنبياً بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لوقوع الشراء للموكل؛ لأن العقدين: يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة، وفي الحالين: أي حال الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله تتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج إلى البيان، أما ما نحن فيه فإن أحدهما إعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لأنه سفير والمولى عساه لا يرضاه: أي لا يرضى الإعتاق لأنه يعقب

الخ مسامحة فإن الإعتاق إنما هو بيعه من نفسه قوله: **(وكلام المصنف يتناولهما)** أقول: أي على سبيل البدل قوله: **(وجعل المصدر الخ)** أقول: والأولى أن يقدر المضاف إليه والمتروك كلاهما أمراً عاماً مثل أن يقول في توكيل شخص شخصاً أو أحد أحداً حتى يتناولهما كلام المصنف معاً على أنه لا يبعد أن ينزل التوكيل منزلة اللازم قوله: **(كان إعتاقاً بلا بدل)** أقول: لأن الألف المؤدي ملك المولى قبل الإعتاق لكونه كسب عبده ولا يصلح ملكه بدلاً عن ملكه.

عبد للمشتري) لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذ لم يعين فيحافظ عليها. بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له **(والألف للمولى)** لأنه كسب عبده **(وعلى المشتري ألف مثله)** ثمناً للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء، بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين هناك على نمط واحد، وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد، أما هاهنا فأحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة

وكان ولاؤه للمولى **(وإن لم يعين للمولى)** أي وإن لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد **(فهو عبد للمشتري)** يعني صار ملكاً له **(لأن اللفظ)** أي لأن قوله اشتريت عبدك بكذا **(حقيقة للمعاوضة)** أي موضع للمعاوضة دون الإعتاق **(وأمكن العمل بها)** يعني أن الحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن العمل بها **(إذا لم يبين)** أي إذا لم يعين فلم يقل اشتريت عبدك لأجل نفسه **(فيحافظ عليها)** أي فيحافظ اللفظ على الحقيقة. فإن قيل: لا نسلم أن العمل بالحقيقة ممكن هنا لأنه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه. قلنا: قد أتى الوكيل هاهنا بجنس تصرف آخر، لأن ما وكل به كان من جنس الإعتاق على مال، وما أتى به إنما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفاً للآمر فينفذ عليه، وستجيء الإشارة من المصنف إلى نظير هذا في المسألة الثانية **(بخلاف شراء العبد نفسه)** حيث يجعل للإعتاق لتعذر العمل بالحقيقة **(لأن المجاز)** وهو كون الشراء مستعاراً للإعتاق **(فيه)** أي في شراء العبد نفسه **(متعين)** لأن العبد ليس بأهل أن يملك مالاً فصار شراؤه نفسه مجازاً عن الإعتاق، أو لأن نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لأنه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه بإقراره، والمال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي فلم يمكن العمل بالمعاوضة فجعل مجازاً عن الإعتاق والمجوّز معنى إزالة الملك فإن البيع يزيل الملك بعوض إلى آخر، والإعتاق يزيله لا إلى آخر **(وإذا كان معاوضة)** يعني إذا كان العقد معاوضة فيما إذا لم يعين للمولى **(يثبت الملك له)** أي للمشتري **(والألف للمولى)** أي والألف التي دفعها العبد إلى المشتري حين أن وكله تكون للمولى **(لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله)** أي مثل ذلك الألف **(ثمناً للعبد)** قوله ثمناً نصب على التمييز: أي من جهة أنه ثمن للعبد **(فإنه)** أي الثمن **(في ذمة)** أي في ذمة المشتري **(حيث لم يصح الأداء)** لأن المشتري أدّى تلك الألف إلى المولى من كسب عبده وكسبه ملك المولى فلا يقع ثمناً. قال في النهاية: وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشتري، وأما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى؟ قال الإمام قاضيخان: وفيما إذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى؟ لم يذكر في الكتاب. وينبغي أن تجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلاً عن ملكه انتهى. وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية: قلت وفي كلام المصنف ما يشير إليه فإنه جعل شراء نفسه قبوله الإعتاق ببدل، فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان إعتاقاً بلا بدل انتهى فتأمل **(بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره)** أي من غير العبد بأن يوكل أجنبي أجنبياً بشراء العبد من مولاه **(حيث لا يشترط بيانه)** أي بيان الشراء: يعني لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي في وقوع الشراء للموكل **(لأن العقدين)** يعني الذي يقع له والذي يقع للموكل **(هناك)** أي في تلك الصورة **(على نمط واحد)** أي على نوع واحد وهو المبايعة، والنمط النوع والطريقة أيضاً **(وفي الحالين)** أي حال الإضافة إلى نفسه وحال الإضافة إلى موكله **(المطالبة تتوجه نحو العاقد)** فلا يحتاج إلى البيان **(وأما**

الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة، والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان، وشبه المصنف عسى بكاد فاستعمله استعماله. وقوله: **(ولا مطالبة على الوكيل)** هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة في بالعتق أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل. وذكر في باب الوكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل. وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير. ووجهه أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره، وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا هاهنا. ووجه الأول وهو الصحيح أن الوكيل

على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان **(ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر)** لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليته، والبيع يرِدُ عليه من حيث أنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع، فإذا

هاهنا) أي فيما نحن فيه **(فأحدهما)** أي أحد العقدين **(إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل)** أي لا مطالبة في الإعتاق على الوكيل لأنه سفير **(والمولى عساه)** أي لعله **(لا يرضاه)** أي لا يرضى الإعتاق لأنه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتضرر به **(ويرغب في المعاوضة المحضة)** أي والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة **(فلا بد من البيان)** اعلم أن قول المصنف ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق، فإن محمداً رحمه الله ذكر فيه أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل. وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل، وهكذا في وكالة الجامع الكبير. وجه رواية الجامع أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره، وهناك يصير هوالمطالب بتسليم الثمن فكذا هاهنا. وعن عيسى بن أبان قال: الصحيح أن الثمن على العبد لأن الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر، فإنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الآمر، وليس إليه من قبض المعقود عليه شيء فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل، ألا يرى أن المولى لو كان هو الذي أمر الرجل ببيع نفس العبد من العبد بألف درهم إلى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والألف عليه إلى ذلك الأجل، والذي يلي قبض الألف هو المولى دون الوكيل فكذا هاهنا، كذا ذكره الإمام المحبوبي **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك)** هذه هي المسألة الثانية من المسألتين اللتين يشملهما هذا الفصل، فمن وكل عبداً بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو إما أن يضيف العبد العقد إلى موكله أو إلى نفسه، أو أطلق فإن أضافه إلى موكله **(فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل)** أي ففعل المولى ذلك **(فهو)** أي العقد أو العبد **(للآمر لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه، لأنه)** أي العبد **(أجنبي عن ماليته)** لأنها

من جانب العبد في عتقه سفير فإنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الآمر وليس إليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل. قال: **(ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك الخ)** هذه هي المسألة الثانية. ومن وكل عبداً بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو إما أن يضيف العقد إلى موكله أو إلى نفسه أو أطلق، فإن أضافه إلى موكله بأن قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد أو العبد للآمر، لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبيّ عن ماليته لأنها لمولاه، حتى لو أقرّ بها لغيره لم يصح، وله عبارة ملزمة كالحرّ والبيع يردّ عليه من حيث أنه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبيّ بشراء نفسه **(إلا أن ماليته)** يعني هو أجنبي عن ماليته إلا أنها بيده، حتى لو أراد المولى أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة إليه. فإن قلت: الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليماً يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل إنه ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز. أجيب بأن كون مالية العبد في يده أمر حسي لا مردّ له، وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر، وفيه نظر، فإن مالية العبد أمر اعتيادي وكونها بيده كذلك، وقبض الوكيل أمر حسي لا مرد له فكان الأمر بالعكس. والصواب أن يقال: القبض أمر حسّي إذا قام بمكان لا يجعل في غيره إلا بالاعتبار، وجاز ترك الاعتبار إذا اقتضاه ضرورة، وأما مالية العبد فإنها لا تنفك عن نفسه، فإذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت إليه، ولا حبس بعد التسليم قوله: **(فإذا أضافه إلى الآمر)** نتيجة الدليل. وتقريره: العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه مال، وكل من يصلح وكيلاً عن غيره في شراء مال إذا

قال المصنف: **(حتى لا يملك البائع الحبس)** أقول: قال الزيلعي: لكونه قابضاً لنفسه بمجرد العقد، كالمودع إذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره انتهى. وفي الكافي: والمبيع إذا كان في يد الوكيل بالشراء حاضراً في مجلس الشراء لا يكون للبائع حق الحبس لأنه بنفس العقد يصير محلياً بين المبيع والمشتري فصار قابضاً له بنفس

أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً فيقع العقد للآمر. (وإن عقد لنفسه فهو حر) لأنه إعتاق وقد رضي به المولى دون

لمولاه، حتى لو أقرّ بها لغيره لم يصح (والبيع يرِدُ عليه) أي على العبد (من حيث أنه مال) لا من حيث أنه آدمي فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من أموال المولى أو كتوكيل أجنبي بشراء نفسه. قال شمس الأئمة: أما صحة هذا التوكيل فلأن العبد مخاطب له عبارة ملزمة كالحر، وإنما يصلح الحر أن يكون وكيلاً لغيره بالشراء باعتبار أن له عبارة صحيحة فكذلك العبد (إلا أن ماليته في يده) استثناء من قوله (لأنه أجنبي عن ماليته) يعني أن مالية العبد في يد نفسه (حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع) فإنه لو أراد البائع أن يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لأن ماليته في يده لكونه مأذوناً له فصار كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها (لاستيفاء الثمن) لكونها مسلمة إليه. قال تاج الشريعة: فإن قلت: الاحتراز عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليمها يسقط حق الحبس، كما قلنا إن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز. قلت: الشرع لا يرِدُ بالمحال، وكون المالية هاهنا في يد العبد أمر حسي لا مردّ له، وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر انتهى. أقول: كل واحد من سؤاله وجوابه منظور فيه. أما السؤال فلأن قوله كما قلنا إن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في أثناء هذا السؤال مخل بالمقصود، لأن حاصل هذا السؤال أن التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس لأنه تسليم ضروري لا يمكن الاحتراز عنه، وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن، وعلى تقدير أن لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم إلى الموكل هناك فلا يكون نظيراً لما نحن فيه. فالوجه أن يقال: بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل. وتوضيح المقام أن لنا قولين في قبض الوكيل على ما مر: أحدهما أن قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم إليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس. وثانيهما أن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في الابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه إن حبسه، وصحة التنظير على القول الأول دون الثاني. وأما الجواب فلأن الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بأن الأول أمر حسي لا مردّ له، والثاني أمر اعتباري، فجاز أن لا يعتبر الثاني دون الأول مما لا يجدي طائلاً في قطع مادة السؤال المذكور، لأن خلاصته منع كون التسليم فيما نحن فيه مسقطاً لحق الحبس بناء على كونه تسليماً ضرورياً لا يمكن الاحتراز عنه لا منع تحقق التسليم فيما نحن فيه، وكون مالية العبد مما لا مردّ له إنما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا

أضاف العقد إلى الآمر صلح فعله امتثالاً، فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً فيقع العقد له قياساً على حرّ توكل بشيء وفعله. وقوله: (فقعل فهو للآمر) يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت، وهو يخالف ما ذكره في الجامع من أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تفيده الملك إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد؛ حتى لو قال للعبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي العقد، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما يأتي فإنه إعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفين فيتم بقول المولى بعت مسبوقاً بقول العبد بعني نفسي. فإن قلت إذا أضاف إلى الموكل فمن المطالب بالثمن؟ أجيب بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد. فإن قلت: قد يكون محجوراً عليه ومثله لا

الشراء وصار كالوديعة إذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره والوديعة حاضرة في مجلس البيع فإنه لا يكون لرب الوديعة حبسها بالثمن كذا هنا انتهى. ولعل ذكر حضور المبيع في مجلس الشراء ليتصور الحبس فإنه إذا كان في بيت المشتري دون مجلس العقد لا يتصور ذلك غالباً، لا لأن الحضور شرط لعدم الحبس قوله: (لكونها مسلمة إليه) أقول: يعني بالتخلية قوله: (كما قلنا في قبض الوكيل) أقول: يعني في الفصل السابق قوله: (للوكيل حق الحبس عندنا) أقول: خلافاً لزفر قوله: (أجيب بأن كون مالية العبد في يده أمر حسي) أقول: أي بمنزلة الأمر الحسي لأنه في يده حقيقة فمآل هذا الجواب إلى ما استوجبه أيضاً. ويمكن أن يجاب عن قوله فإن قلت الاحتراز الخ بوجه آخر وهو أن الحبس هنا يؤدي إلى حبس الوكيل والموكل به ولا نظير له، بخلاف حبس الوكيل عن الموكل قوله: (لا مرد له) أقول: أي للحبس (قوله فكان الأمر بالعكس) أقول: إنما يكون كذلك لو كان قبض للموكل أمراً حسياً لا مرد له.

المعاوضة، والعبد وإن كان وكيلاً بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل (وكذا

منع كون التسليم فيه مسقطاً لحق الحبس كما لا يخفى. وإنما تأثير الفرق المزبور بالنظر إلى ما أدرجه في أثناء السؤال المذكور من المقدمة المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر إلى ما هو المقصود. قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك السؤال والجواب: وفيه نظر، فإن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك، وقبض الوكيل أمر حسي لا مردّ له فكان الأمر بالعكس. والصواب أن يقال: القبض أمر حسي إذا قام بمكان لا يجعل في غيره إلا بالاعتبار، وجاز ترك الاعتبار إذا اقتضاه ضرورة، فأما مالية العبد فإنها لاتنفك عن نفسه، فإذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت إليه، ولا حبس بعد التسليم، إلى هنا كلامه.

أقول: في كل واحد من نظره وجوابه الذي استصوبه بحث. أما في الأول فلأن الأمر الحسي الذي لا مردّ له إنما هو قبض الوكيل، والذي عدّاه تاج الشريعة في جوابه أمرا اعتبارياً إنما هو كونه قبض الوكيل قبض الموكل، وأين هذا من ذاك فلم يكن الأمر بالعكس كما لا يخفى. وأما في الثاني فلأنه إن أراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الأمر فهو مع كونه ممنوعاً في نفسه مناف لما قاله سابقاً في النظر من أن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك، وإن أراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار أهل الشرع فللمسائل أن يقول لم لا يجوز أن يترك أهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل؟ على أن حاصل هذا الجواب أيضاً الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بأن الانفكاك جائز في الأول دون الثاني، فتعين التسليم هاهنا دون الأول، وهذا إنما يدفع منع تحقق التسليم هاهنا، وقد عرفت أن خلاصة السؤال المذكور منع كون التسليم هنا مسقطاً لحق الحبس لا منع تحقق التسليم هاهنا، لا يتم ما ذكره جواباً عنه، اللهم إلا أن يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين أن يقال كما ذكره، لا الصواب في الجواب عن أصل السؤال أن يقال كذا لكنه بعيد عن إيفاء حق المقام. والأشبه في تقريب ذلك السؤال وتعيين الجواب عنه ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال: فإن قيل: وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وإن كانت يده كيد الموكل حكماً لأنه لا يمكن الاحتراز عنه. قلنا: لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات، ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس الوكالة بأن باع عبده لوكيل لا يشتري نفسه انتهى **(فإذا أضافه)** أي أضاف العبد العقد **(إلى الآمر صلح فعله امتثالاً فيقع العقد للآمر)** هذا نتيجة الدليل. تقريره أن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه مال، وكل من صلح وكيلاً عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صلح فعله امتثالاً، فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً فيقع العقد للآمر. ثم اعلم أن قوله في الكتاب ففعل فهو للآمر يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت، وهو يخالف ما ذكر في الجامع من أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تفيده الملك إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد، حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت، وهذا بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما سيأتي فإنه إعتاق على مال مقدر، والواحد يتولى طرفي الإعتاق إذا كان المال مقدراً فيتم بقول المولى بعت مسبوقاً بقول العبد بعني نفسي. فإن قيل: إذا أضاف العبد العقد إلى الآمر فمن المطالب بالثمن؟ قلنا: العبد لأنه العاقد، فيجب الثمن عليه

ترجع إليه الحقوق. أجيب بأن الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فإن المباشرة تستدعي تصوّر صحة المباشرة وهو إذن، وإن أضافه إلى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حرّ لأنه إعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فإن قيل: العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له أن يشتري لنفسه؟ أجاب بقوله لكنه أتى بجنس تصرّف آخر وهو الإعتاق على مال فكان مخالفاً فينفذ عليه كما تقدم، وإن أطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين: الامتثال وغيره، فلا يجعل امتثالاً بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه لأن الأصل في التصرف أن يقع عمن باشره.

لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر) لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالاً بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه.

إلا أنه يرجع به على الآمر. فإن قلت: قد يكون العبد محجوراً عليه ومثله لا ترجع إليه الحقوق. قلت: زال الحجر هاهنا بالعقد الذي باشره مع مولاه، فإن المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو إذن **(وإن عقد لنفسه)** أي إن أضاف العقد إلى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت **(فهو حرّ لأنه إعتاق)** لما تقدم **(وقد رضي به المولى)** لأنه علم أن بيع العبد منه إعتاق **(دون المعاوضة)** أي لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر. ولما استشعر أن يقال العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له أن يشتري لنفسه. أجاب بقوله **(والعبد وإن كان وكيلاً بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر)** وهو الإعتاق على مال فكان مخالفاً **(وفي مثله ينفذ على الوكيل)** فإن الوكيل بشراء شيء بعينه إذا خالف فأتى بجنس تصرف آخر ينفذ العقد على الوكيل-دون الموكل كما تقرر فيما مر **(وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان)** أي وكذا لو أطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك **(فهو حرّ لأن المطلق يحتمل الوجهين)** يعني الامتثال وغيره **(فلا يقع امتثالاً)** أي فلا يجعل امتثالاً **(بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه)** أي لأن الأصل في التصرف أن يقع عمن باشره. قال صاحب العناية: وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم، وإذا تردّد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة. وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي إضافة العبد العقد إلى نفسه فإن حقيقته بالنسبة إليه غير متصوّرة ورضي المولى بذلك، وإليه أشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى. أقول: هذا الجواب مما لا يكاد يصح هاهنا لأن الكلام الآن إنما هو في مسألة الإطلاق عن المولى المولى الإضافة إلى نفسه وإلى الموكل والقرينة المذكورة إنما وجدت في مسألة الإضافة إلى نفسه، وقول المصنف وقد رضي به دون المعاوضة إنما وقع فيها وقد تقدم ذكرها، وليس ذلك بمورد الاعتراض ولا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه أصلاً. لا يقال: ليس المراد بالإضافة إلى نفسه التي عدّت قرينة هاهنا الإضافة المارة في المسألة المتقدمة الحاصلة من قوله بعني، بل الإضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي، وهذه الإضافة موجودة في مسألة الإطلاق أيضاً. لأنا نقول: هذه الإضافة لا تصلح أن تكون قرينة للمجاز، إذ لا شك أن مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة، بل يحتمل أن يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الإعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة، بل الثاني هو الظاهر نظراً إلى الحقيقة. وقال صاحب العناية: لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحاً. لأنا نقول: الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ، وذلك لا يحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى. أقول: هذا أيضاً ليس بصحيح إذ لا إضافة إلى نفسه فيما نحن فيه، لأن وضعه فيما

وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم؛ وإذا تردّد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة. وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم تكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي إضافة العبد العقد إلى نفسه فإن

قوله: **(فينفذ عليه كما تقدم)** أقول: يعني في الفصل السابق قوله: **(وهي إضافة العبد للعقد الخ)** أقول: فيه أن الكلام في الإطلاق عن الإضافة إلى نفسه وإلى الموكل قوله: **(ورضي المولى بذلك)** أقول: إن أراد رضى المولى مطلقاً فسلم لكن لا يصح أن يكون دافعاً للمعنى الحقيقي، وإن أراد رضاه به دون المعاوضة فغير مسلم لأن رضاه بالإعتاق دون المعاوضة إنما يصح أن لو تعين المعنى المجازي إذا أطلق وهل النزاع إلا فيه **(قوله بذلك)** أقول: أي بالمعنى المجازي قوله: **(لأنا نقول الاحتمال إنما هو الخ)** أقول: فيه أن المعنى الحقيقي متعين من حيث اللفظ إذا قطع النظر عن القرينة قال المصنف: **(وكذا لو قال بعني نفسي الخ)** أقول: لا يقال البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي أن يحمل على الحقيقة عند التردد، إذ الحمل على الحقيقة هو الأصل بالاتفاق. ولأنا نقول: الأصل أن الإنسان يتصرف لنفسه فتعارض الأصلان فتساقطا فيرجع إلى غرض المولى، فإنه لما اختلف التصرفان والظاهر أن المولى يريد الإعتاق إذ بيع العبد من نفسه مطلق إعتاق، واقتصاره على إضافته إلى العبد دلّيل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه إلا إلى الحرية ليثبت له الولاء.

. . . .

أطلق ولم يضف إلى أحد فكيف يتصوّر الترجيح فيه من حيث الإضافة إلى نفسه. وأيضاً إن أراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ أنها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي فأين توجد الإضافة إلى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز؟ وإن أراد بذلك أنها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها، وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيئاً، لأن وضع المسألة في الإطلاق مجموع ما صدر عن العبد، إذ به تمتاز هذه الصورة عن صورتي الإضافة فلا بد من خروج قيد الإضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الإطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور. وبالجملة لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الألباب. والجواب الصحيح عن أصل المعارضة ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا: فإن قيل ينبغي أن يقع الشراء للموكل عند الإطلاق لأن اللفظ لحقيقته في الأصل، فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الأصل، وفيما نحن فيه لو وقع الشراء لموكله كان الشراء معمولاً على حقيقته وهي المعاوضة، ولو وقع للعبد كان معمولاً بمجازه لأنه غير موضوع للإعتاق بل هو موضوع للمعاوضة. قلنا: عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى وهي أن الأصل في تصرف الإنسان أن يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهراً وهو أن لا يفوت ولاء العبد منه، فإنه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض، أو نقول: لما وقع التعارض بين الأصلين رجحنا جانب الإعتاق لأنه تصرف مندوب إليه، والمعاوضة مباحة محضة انتهى.

حقيقته بالنسبة إليه غير متصورة ورضي المولى بذلك، وإليه أشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة. لا يقال: فعلى هذا لا يكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحاً. لأنا نقول: الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ.

فصل في البيع

قال: (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة.

فصل في البيع

لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع، وما ذكر لتقديم فصل الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع هنا، كذا في الشروح. أقول: لقائل أن يقول: قد ذكر في هذا الفصل كثير من أحكام التوكيل بالشراء، ولم لم يذكر ذلك في الفصل المتقدم: منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجدّه الخ، فإن الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء. ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فإن الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء. ومنها قوله وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ، فإن الحكم فيه أيضاً حكم التوكيل بالشراء؛ فقولهم لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع محل مناقشة. ويمكن الجواب بنوع عناية فتأمل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له)** أي وسائر من لا تقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته وعبيده ومكاتبه، صرح القدوري في مختصره بهذه الأمثلة، إلا أن المصنف قصد الإجمال فقال بدلها: ومن لا تقبل شهادته له. قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته له مثل ابنه وأخيه. أقول: في تمثيله الثاني خبط ظاهر، فإنه تقبل شهادة الأخ لأخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة **(عند أبي حنيفة رحمه الله)** والمراد بعدم جواز البيع والشراء مع هؤلاء عند أبي حنيفة عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة. وأما إذا قيد الوكالة بعموم المشيئة بأن قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف، بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغير له حيث لا يجوز وإن قال ذلك، كذا صرح به في المبسوط، ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية **(وقالا: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة)** قال بعضهم: تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء وإلا ففيه خلاف أيضاً. وقال صاحب النهاية: خص قولهما في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة، وكذلك في شرح الطحاوي فكان فيه إشارة إلا أنه لا يجوز عندهما أيضاً في الغبن اليسير، وإلا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة. ولكن ذكر في الذخيرة أن البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقاً بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها الوكيل بالبيع إذا باع ممن لا

فصل في البيع

لما فرغ من بيان أحكام الشراء بأنواعه ذكر أحكام التوكيل بالبيع، وما ذكر لتقديم الشراء ثمة فهو وجه تأخير فصل البيع. قال: **(الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجدّه الخ)** إذا وكل شخصاً بالبيع أو الشراء أو بهما لا يجوز له أن يعقد مع من لا تقبل شهادته له إذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند أبي حنيفة رحمه الله بمثل القيمة **(وقالا: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه)** وعبارة الكتاب تدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز، وهو المذكور في شرح الطحاوي. وذكر في الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقاً بمثل القيمة، ولا بد من تقرير الأقوال قبل الدلائل فنقول: عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة في البيع وبأقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك، وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي، وعلى ما ذكر في الذخيرة جائز عندهما، وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات، غير جائز عند أبي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب، وفي رواية المضاربة جائز. إذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في

فصل في البيع

قال المصنف: **(والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده الخ)** أقول: إذا كان البيع منهم بدين يسير لا يجوز على

وقالا: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه) لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع

تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف، وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع، وإن كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز، وإن كان بمثل القيمة؛ فعن أبي حنيفة روايتان، في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز، وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة، وبيعه منه بأكثر من القيمة وشراؤه منه بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف، وبمثل القيمة يجوز عندهما، وكذلك عند أبي حنيفة باتفاق الروايات. فأبو حنيفة فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه. فإن قيل: ما وجه الفرق لأبي حنيفة على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوّز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهور الربح حكم الوكيل. أجيب بأن وجهه أن المضارب أعمّ تصرفاً من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه، وقد يكون نائباً محضاً في بعض الأحوال فلشبهه بالمستبدّ بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة، ولشبهه بالنائب لم يجز تصرفه معهم بغبن يسير، فأما الوكيل فنائب محض في تصرف خاص فيكون متهماً في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وإن كان بمثل القيمة **(إلا من عبده أو مكاتبه)** فإنه لا يجوز عندهما أيضاً، قيد في المبسوط بقوله إلا من عبده الذي لا دين عليه لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه، فكان منه إشارة إلى أنه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشبه، كذا في النهاية ومعراج الدراية. قال بعض الفضلاء: فيه تأمل، فإن العبد الذي عليه دين محيط بما في يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى. أقول: نعم إن العبد الذي عليه دين يحيط بماله ورقبته يملك مولاه ما في يده عندهما إلا أنه يتعلق به حق الغرماء، حتى لو أعتق مولاه من كسبه عبداً يعتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء، وأما عند أبي حنيفة فلا يملك مولاه ما في يده؛ ولو أعتق من كسبه عبداً لا يعتق. ففائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما أيضاً حتى يصير مولاه ممنوعاً عن أن ينزّعه من يده، ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين من مولاه شيئاً من أكسابه وبيع مولاه منه شيئاً من أمواله عندهم جميعاً ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيئاً من مولاه ولا بيبع مولاه شيئاً منه عندهم أصلاً، وسينكشف ذلك كله في كتاب المأذون، فقوله في المبسوط لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه أن كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه، بخلاف العبد المديون. قال

جانبهما قوله لأن التوكيل مطلق: أي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل بإطلاقه فكان المقتضى موجوداً والمانع منتف، لأن المانع هو التهمة ولا تهمة هاهنا؛ لأنها إما أن تكون من حيث إيثار العين أو المالية وليس شيء منهما بموجود. أما الأول فلأن الأملاك متباينة حيث يحلّ للابن وطء جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متبايناً عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة، ولما حلّ له وطؤها ولا يحل له وطء جارية أبيه والمنافع منقطعة فإن تباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع. وأما الثاني: فلأن التقدير بمثل القيمة ينفيه، وإذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الأجنبي، وإنما لم يجز من عبده: يعني الذي لا دين عليه لأنه بيع من نفسه، لأن ما في يد العبد لمولاه، والبيع من نفسه غير جائز لأن الواحد إذا تولى طرفيه كان مستزيداً مستنقصاً قابضاً مسلماً مخاصماً مخاصماً في العيب، وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام مقابليه بمحل واحد في حالة واحدة، وكذا للمولى حق في أكساب المكاتب حتى لا تصح تبرّعاته ولا تزويج عبده

ما ذكر في شرح الطحاوي موافقاً لما في الهداية، وذكر في الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما وهو مقتضى الدليل المذكور في الكتاب قوله: **(عند أبي حنيفة بمثل القيمة)** أقول: متعلق بقوله أن يعقد قال المصنف: **(وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة)** أقول: تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء، وإلا ففيه خلاف كما يعلم من الشروح قوله: **(وعبارة الكتاب)** أقول: المراد منه قوله بمثل القيمة قوله: **(يدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز)** أقول: إلا أن دليلهما يقتضي جوازه، فالظاهر حمل ما في الكتاب على رواية الذخيرة وإلحاق الغبن اليسير بمثل القيمة قوله: **(وعكسه غير جائز)** أقول: يعني بغبن فاحش قوله: **(كذلك)** أقول: يعني بلا خلاف.

منقطعة، بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى، وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب

المصنف في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما **(لأن التوكيل مطلق)** أي عن التقييد بشخص دون آخر، والمطلق يعمل بإطلاقه فكان المقتضي موجوداً والمانع منتف، لأن المانع هو التهمة **(ولا تهمة هاهنا)** لأنها إما أن تكون من حيث إيثار العين أو من حيث إيثار المالية وليس شيء منهما بموجود؛ أما الأول فلما ذكره بقوله **(إذ الأملاك متباينة)** ألا يرى أنه يحل للابن وطء جارية نفسه ولا يحل له وطء جارية أبيه، ولو لم يكن ملكه متبايناً عن ملك أبيه لكانت جاريته جارية مشتركة ولما حل له وطؤها كما لا يحل له وطء جارية أبيه **(والمنافع منقطعة)** لأن تباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع، وإذا كان الأمر كذلك فلا نفع له من حيث إيثار العين فلا تهمة. وأما الثاني فلأن التقدير بمثل القيمة ينفيه، فإذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الأجنبي **(بخلاف العبد)** يعني الذي لا دين عليه لما عرفت **(لأنه بيع من نفسه)** أي لأن بيع الوكيل من مثل ذلك العبد بيع من نفسه **(لأن ما في يد العبد)** أي ما في يد مثل ذلك العبد **(للمولى)** أي ملك خالص للمولى لاحق فيه للغير، فصار البيع منه بيعاً من نفسه، والبيع من نفسه غير جائز لأن الواحد إذا تولى طرفي البيع كان مستزيداً مستنقصاً قابضاً مسلماً مخاصماً مخاصماً في العيب، وفيه من التضاد ما لا يخفى **(وكذا للمولى حق في كسب المكاتب)** حتى لا تصح تبرعاته ولا تزويج عبده **(وينقلب حقيقة بالعجز)** يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب إلى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فصار كالعبد **(وله)** أي ولأبي حنيفة **(أن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات)** يعني سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لأنها شرعت للإعانة فكانت مواضع أمانة **(وهذا)** أي ما نحن فيه **(موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة)** أي فيما بينهم **(ولأن المنافع بينهم متصلة)** لأن كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه **(فصار)** أي بيع الوكيل من هؤلاء **(بيعاً من نفسه من وجه)** فكان فيه تهمة إيثار العين. قال صاحب العناية في شرح دليل أبي حنيفة هاهنا: ولأبي حنيفة القول بالموجب. أقول: ليس الأمر كذلك، لأن القول بالموجب على ما تقرر في كتب الأصول التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف، وهاهنا ليس كذلك لأن حاصل التعليل المذكور من قبلهما أن التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الأملاك

وينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد. ولأبي حنيفة رحمه الله القول بالموجب: يعني سلمنا أن التوكيل مطلق، لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لأنها شرعت للإعانة فكانت موضع أمانة، وهي موجودة هاهنا بدليل عدم قبول الشهادة، ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعاً من نفسه من وجه فكان فيه تهمة إيثار العين. فإن قيل: ما الفرق لأبي حنيفة رحمه الله في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهوره حكم الوكيل؟ أجيب بأن المضارب أعم تصرفاً من الوكيل، فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه، كما إذا صار المال عروضاً فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظراً إلى جهة استبداده، والإجارة والصرف على هذا الخلاف؛ وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكان مما يوهم جوازهما مع هؤلاء، فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل. قال: **(والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض)** الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود، لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف عرفاً، إذ

قوله: **(والمطلق يعمل بإطلاقه)** أقول: صرح الشارح في كتاب الرجوع عن الشهادة بأن الإطلاق ككلمة كل فتذكر قوله: **(لأنها إما أن تكون من حيث إيثار العين الخ)** أقول: أي من حيث إيثار هؤلاء بالعين أو بالمالية فيه بحث، بل الظاهر أن المراد إيثار نفسه بأحدهما قوله: **(أما الأول فلأن الأملاك متباينة الخ)** أقول: فلا نفع له في إيثار العين فلا تهمة قوله: **(ولا يحل له وطء جارية أبيه)** أقول: فيه بحث قوله: **(وأما الثاني فلأن التقدير الخ)** أقول: ولأنه إيثار لنفسه بالمالية، ثم إن المفهوم من تعليله أنه لو لم يقدر بمثل القيمة لوجد إيثار المالية لنفسه وليس كذلك، ولا مجال لحمل كلامه على إيثار من ترد شهادته له كما هو مقتضى تقدير بعض الشروح وهو الظاهر، لأن قوله وليس شيء منهما بموجود يمنع عن الحمل عليه. والجواب أن المراد من قوله وليس شيء منهما: أي التهمتين من تينك الحيثيتين فتأمل.

حقيقة بالعجز. وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعاً من نفسه من وجه، والإجارة والصرف على هذا الخلاف. قال: **(والوكيل بالبيع**

وانقطاع المنافع. وحاصل ما ذكر من قبله أن التهمة متحققة والمنافع متصلة، والظاهر أن مآل هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم والتزام، فلم يكن له من القول بالموجب في شيء. نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهي أن التوكيل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليماً للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى. قال المصنف **(والإجارة والصرف على هذا الخلاف)** يعني أن الوكالة بالإجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور، وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس، لأن المعقود عليه وهو المنافع معدومة، والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يظن عدم جوازه مع هؤلاء بالإجماع، فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما، كذا في الشروح. أقول: السلم أيضاً شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير، فكان الأحسن أن يذكره المصنف معهما، كما قال في المختلف حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور: والسلم والصرف والإجارة على هذا الخلاف **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة)** ويجوز بيعه بأجل غير متعارف أيضاً عنده، صرح به في الذخيرة وغيرها، ولقب هذه المسألة الوكيل بالبيع مطلقاً يملك البيع بما عزّ وهان وبأي من كان وإلى أيّ أجل كان متعارفاً وغير متعارف كذا قالوا **(وقالا)** أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله **(لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه)** أي لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير **(ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير)** أي لا يجوز إلا بالنقود، وكذا لا يجوز بيعه عندهما إلا بأجل متعارف. قال في الذخيرة: وإذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا، وإن باع بأجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بأن باع مثلاً إلى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فعلى قول أبي حنيفة يجوز، وعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز وقال: إنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد، فأما إذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو أن يقول بع هذا العبد فاقض ديني، أو قال بع فإن الغرماء يلازمونني، أو قال بع فإني أحتاج إلى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له أن يبيع بالنسيئة انتهى. قال المصنف في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما **(لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف)** أي بما هو متعارف بين الناس **(لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها)** أي فتتقيد التصرفات بمواقع الحاجات **(والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا)** أي ولأجل تقيد التصرفات بمواقعها **(يتقيد التوكيل**

التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد الوكيل بشراء الفحم بأيام البرد، وبالجمد بسكون الميم: ما جمد من الماء لشدة البرد، تسمية للاسم بالمصدر بأيام الصيف، وبالأضحية بأيام النحر أو قبلها، كل ذلك من تلك السنة، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر، ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والأب والوصي لا يملكانه، وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث إن فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لأن المطلق ينصرف إلى الكامل. ولأبي حنيفة رحمه الله القول بالموجب أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق

قوله: **(يعني الذي لا دين عليه)** أقول: فيه تأمل، فإن العبد الذي عليه دين محيط بما في يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة قوله: **(لأن الواحد إذا تولى طرفيه الخ)** أقول: ولأن فيه مانع التهمة وهو إيثار العين، لكن ما ذكره الشارح أعم حيث ينفي جوازه وإن صرح به الموكل، إلا أنه بقي فيه لأن الأب والوصي يتوليان طرفي العقد كما إذا اشترى الأب مال ولده الصغير لنفسه أو باع ماله منه، وكذا الوصي، إلا أن يقال تعدد الجهة مجوز للاجتماع فليتأمل قوله: **(وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام مقابليه)** أقول: الضمير في قوله مقابليه راجع إلى التقابل قوله: **(وهي موجودة هاهنا)** أقول: قوله وهي راجع إلى التهمة في قوله لكن مواضع التهمة مستثناة قال المصنف: **(ولأن المنافع بينهم متصلة)** أقول: هذا الدليل لا يجري في الأخير.

يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير) لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة، ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصيّ. وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة، والبيع بالغبن أو

بشراء الفحم) وفي بعض النسخ اللحم مكان الفحم، لكن الفحم أليق لقران قوله بزمان الحاجة، إذ كل الأزمان زمان الحاجة إلى اللحم، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(والجمد)** بسكون الميم لا غير هو ما جمد من الماء فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر، كذا في الصحاح والديوان **(والأضحية بزمان الحاجة)** متعلق بيتقيد: أي يتقيد التوكيل بشراء هذه الأمور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد، وبشراء الجمد بأيام الصيف، وبشراء الأضحية بأيام النحر أو قبلها، كل ذلك من تلك السنة، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر **(ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه)** وهو ظاهر **(وهبة من وجه)** ولهذا لو حصل من المريض كان معتبراً من الثلث، والأب والوصي لا يملكانه، وهو وكيل بالبيع دون الهبة **(وكذا المقايضة)** أي البيع بالعرض **(بيع من وجه وشراء من وجه)** لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع، ومن حيث إن فيه تحصيل السلعة في الملك شراء **(فلا يتناوله)** أي فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة **(مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصي)** لأن المطلق ينصرف إلى الكامل **(ولأبي حنيفة أن التوكيل بالبيع مطلق)** أي غير مقيد بشيء **(فيجري)** أي يجري المطلق **(على إطلاقه في غير موضع التهمة)** فيتناول كل ما يطلق عليه البيع. قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: ولأبي حنيفة القول بالموجب: أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على إطلاقه في غير موضع التهمة. أقول: هذا أقبح مما قاله في المسألة الأولى، إذ لم يقل الخصم هنا قط إن التوكيل بالبيع مطلق، بل قال إن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف: يعني أن ما هو في صورة الإطلاق من الآمر فهو مقيد في الحقيقة بالمتعارف، فلم يقع منه الحكم بأن التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلاً للمنع أو التسليم، فلا يتصور أن يكون ما ذكر من قبل أبي حنيفة هاهنا قولاً بالموجب بتسليم أن التوكيل بالبيع مطلق. والحق أن حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الأمر هاهنا مقيداً بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم إجراء المطلق على إطلاقه في غير موضع التهمة، وأن حاصل معنى قوله **(والبيع بالغبن أو بالعين)** أي العرض **(متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم)** أي السآمة **(من العين)** تنزل في الجواب من المنع المذكور: يعني سلمنا أن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف، لكن البيع بالغبن أو العين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها، وعند التبرم من العين، وفي هذا لا يبالي بقله الثمن وكثرته ونقدية الثمن وعرضيته فكان العرف مشتركاً فلم يصلح حجة لأحد الخصمين على الآخر **(والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة على ما هو المروي عنه)** أي من المسائل المستشهد بها من قبل الخصم، وهي مسائل شراء الفحم والجمد والأضحية ليست بمسلمة على قول أبي حنيفة، بل هي مروية عن أبي يوسف على ذلك الوجه. وأما عند أبي حنيفة فهي على إطلاقها لا تتقيد بزمان

يجري على إطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قوله: **(والبيع بالغبن)** تنزل في الجواب: يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف، لكن البيع بالغبن أو بالعين: أي العرض متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها، وعند التبرم من العين وعند ذلك لايبالي بقلة الثمن وكثرته، فكان العرف مشتركاً لا يصلح دليلاً لأحد الخصمين، بل المتنازع فيه يكون داخلاً تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه أو تظهر مكابرته. والمسائل المذكورة مروية عن أبي يوسف

قال المصنف: **(فتتقيد بمواقعها)** أقول: فيه بحث قوله: **(فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما)** أقول: قوله فيما سواهما متعلق بقوله هو، وقوله كهو متعلق بقوله الحكم.

بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين، والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على

الحاجة. قال في غاية البيان: ولئن سلمنا أنها تتقيد على قول أبي حنيفة أيضاً فنقول: إنما تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لأن الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء، والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحرّ وذلك يختص بالصيف، حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين أو تربص الجمد كالفقاعين لا يتقيد التوكيل، كذا قال الإمام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف. وكذا التوكيل بالأضحية يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة، لأن غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة انتهى. وقال في الكافي: ولأنه مطلق في حق الوقت لا عامّ فلم يتناول إلا واحداً، وقد صار المتعارف مراداً فلم يبق غيره مراداً، فأما هذا فعام انتهى. وهكذا ذكر في الكفاية أيضاً **(وأنه)** أي البيع بالغبن **(بيع من كل وجه)** جواب عن قولهما ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه: يعني لا نسلم أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه **(حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به)** أي بالبيع بغبن فاحش، فلما جعل هذا بيعاً مطلقاً في اليمين جعل في الوكالة كذلك. واعترض عليه بأنه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع؛ ألا يرى أنه لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحماً قديداً حنث، وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحماً قديداً وقع على المشتري لا على الآمر. وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع في الأسواق والقديد لا يباع بها عادة فلا يقع التوكيل عليه، فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك. وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعاً حقيقة وعرفاً، أما حقيقة فظاهر، وأما عرفاً فيقال بيع رابح وبيع خاسر، كذا في العناية أخذاً من النهاية. أقول: في الجواب بحث لأن حاصله الإعتراف باختلاف العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بادعاء أن البيع بغبن فاحش لا يخرج عن كونه بيعاً لا حقيقة ولا عرفاً، فرد عليه أنه إن أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعاً من وجه فهو مسلم، لكن لا يحصل به الجواب عما قالاه والكلام فيه، وإن أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعاً من كل وجه فهو ممنوع إذ هو أول المسألة حيث لا يقول به الخصم بل يدعي أنه بيع من وجه وهبة من وجه، ونحن بصدد الجواب عنه بمسألة اليمين، فإذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير إلى الأصل المتنازع فيه **(غير أن الأب والوصيّ لا يملكانه)** جواب عن سؤال مقدر تقريره لو

رحمه الله على ذلك الوجه. وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فهي على إطلاقها والبيع بالغبن أو العين بيع من كل وجه، حتى أن من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن أو العين فلما جعل هذا بيعاً مطلقاً في اليمين جعل في الوكالة كذلك. واعترض بأنه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع، ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحماً قديداً حنث، وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحماً قديداً وقع على المشتري لا على الآمر. وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع في الأسواق، والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه، فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب كذلك. وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعاً حقيقة وعرفاً، أما حقيقة فظاهر وأما عرفاً فيقال بيع رابح وبيع خاسر. فإن قيل: لو كان ذلك بيعاً من كل وجه لملكه الأب والوصي. أجاب بقوله غير أن الأب والوصيّ لا يملكانه، ومعناه أن كلامنا في الأمر المطلق بالبيع وهم ليسا مأمورين. سلمنا ذلك، لكن ليس أمرهما مطلقاً بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه، ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حدّ كل منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع، وكل ما صدق عليه هذا

قوله: **(لكن المطلق يجري على إطلاقه الخ)** أقول: الأوجه أن يوجه بأن التوكيل بالبيع مطلق، والعرف العملي لا يصلح لتقييد المطلق كما قالوا في كتاب الأيمان، بل الذي يصلح للتقييد هو العرف اللفظي، ولو سلم فالعرف العملي مشترك فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض فليتأمل. ثم أقول: صرح في أوائل فصل الشراء في دليل مسألة إجماعية بأن العرف أملك فلا مخالفة لأن مراده ثمة العرف اللفظي لا العملي قوله: **(أو لغيرها)** أقول: مختص بالبيع بالغبن قوله: **(بل المتنازع فيه يكون داخلاً تحت ما يدعيه)** أقول: من قوله فتتقيد بمواقعها.

ما هو المروي عنه، وأنه بيع من كل وجه، حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به، غير أن الأب والوصي لا يملكانه

كان البيع بغبن فاحش بيعاً من كل وجه لملكه الأب والوصي: يعني أن الأب والوصيّ إنما لا يملكان البيع بغبن فاحش **(مع أنه بيع)** أي من كل وجه **(لأن ولايتهما)** أي ولاية الأب والوصيّ على الصغير **(نظرية)** أي بشرط النظر في أمر الصغير بالشفقة وإيصال النفع إليه **(ولا نظر فيه)** أي في البيع بغبن فاحش **(والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه)** جواب عن قولهما، وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه: يعني لا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه، بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه **(لوجود حدّ كل واحد منهما)**. قال صاحب العناية: وهي مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع. قال: وكل ما صدق عليه هذا الحدّ فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه. أقول: فيه خلل، أما أولاً فلأنه لا يخفى على أحد أن المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع، وأن المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري، والحدّ المذكور: أعني مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب إنما هو حدّ البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما، فذلك بمعزل عن قوله لوجود حل كل واحد منهما. وأما ثانياً فلأن قوله وكل ما صدق عليه هذا الحدّ فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد أن جعل هذا الحدّ حداً لكل واحد من البيع والشراء يقتضي أن يكون كل البياعات الغير الاضطرارية بيعاً من كل وجه وشراء من كل وجه، إذ لا يخلو شيء منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في أول البيع ولم يقل به أحد قط. واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر، فإن الباء في قوله بمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحدّ الشراء انتهى. أقول: هذا ساقط لأن باء المقابلة

الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه. ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه متوصلاً به إلى تحصيل ملك غيره له، والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلاً إليه بإخراج ملكه، وكلاهما صادق على المقايضة، فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يردّ على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه، وبذلك يتميز البائع عن المشتري، والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء، فيسقط ما قيل إذا كان بيعاً من كل وجه وشراء من كل وجه فيما إذا رجح أبو حنيفة رحمه الله جانب البيع، وما قيل إذا كان شراء كل وجه كان الوكيل به وكيلاً بالشراء، وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق، فكان الواجب أن لا تجوز المقايضة إلا إذا كان ما يقابله من العرض مثله في القيمة أو بأقل منه يسيراً كما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، وذلك لأن الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه، ويجوز له أن يبيع بما عزّ وهان، ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لا يجوز له أن يبيع بالأقل أصلاً لأن موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله، فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظاً بعين البصيرة تحمد المتصدي لتلفيقه إن شاء الله تعالى. قال: **(والوكيل بالشراء يجوز عقده الخ)** الوكيل بالشراء يجوز له أن يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش، لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافقه أو قد وجده خاسراً ألحقه بغيره على ما مر، حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه. وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ رحمهم الله، فإن بعضهم قال: يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش. وقال بعضهم: لا يتحمل فيه اليسير أيضاً، وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّج موكله

قوله: **(أن كلامنا في الأمر المطلق الخ)** أقول: في مناسبة الجواب للسؤال بحث يظهر بملاحظة السؤال ومورده قوله: **(وهو مبادلة المال بالمال الخ)** أقول: فيه نظر، فإن الباء في قوله بالمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء. ثم إن أراد أن الحد المذكور حد لكل منهما على حدة كما هو المفهوم من ظاهر تقريره لزم اختلاله حيث يصدق على مقابل المعرف، وإن أراد أنه حد للمعنى الأعم من كل منهما يكون قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه الخ بمعزل عن الحق لظهور بطلان القول بأن كل ما صدق عليه حد الحيوان إنسان من كل وجه فرس من كل وجه.

مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه، والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد

والعوض لا تنافي تناول الحد المذكور الشراء، فإن المقابلة والمعاوضة يتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت، وإنما بقي حديث دخول الباء على الثمن وسيجيء الكلام فيه. ثم قال صاحب العناية: ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه متوصلاً به إلى تحصيل ملك غيره، والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلاً إليه بإخراج ملكه، وكلاهما صادق على المقايضة انتهى. أقول: هذا هو الصواب، وإن كان مقتضى تحريره أن يكون ضعيفاً عنده، إلا أن المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة أنهما صادقان على بدلي المقايضة معاً فلا ينتقض بسائر البياعات، فإن صدق البيع بالمعنى المزبور في سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور انتهى فتدبر. ثم قال صاحب العناية: فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يردّ على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه، وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى. أقول: وفيه خلل لأن حاصله أن معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء، فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح. أما أوّلاً فلأنه قد تقرر في كتب اللغة أن لفظ البيع ولفظ الشراء من الأضداد يطلق كل منهما على كل من معنيي البيع والشراء، وصرّحوا به في أوّل كتاب البيوع حتى صرح نفسه أيضاً هناك بأن لفظ البيع من الأضداد لغة واصطلاحاً. وقال: يقال باع الشيء إذا شراه أو اشتراه، وإذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص أحد اللفظين المذكورين بأحد المعنيين المزبورين، وكيف يتصور تعين أحد هذين المعنيين بإطلاق أحد ذينك اللفظين عليه، ولا شك أن ما هو من الأضداد يصح إطلاقه على كل من معنييه، على أن اتحاد معنيي البيع والشراء بالذات مما لم يقل به أحد من الثقات ولا يرى له وجه سديد. وأما ثانياً فلأن البيع كما ينعقد بالإيجاب والقبول ينعقد أيضاً بالتعاطي كما تقرّر في البيوع، وفي صورة التعاطي لا يلزم إطلاق لفظ على شيء منهما، فكيف يتم قوله يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء. وأما ثالثاً فلأنه لو تعين كل منهما بلفظ يخصه وامتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من أحد المتعاقدين بيعاً ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بأن المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه، بل هي حينئذ إما بيع وإما شراء لا غير. اللهم إلا أن يحمل المراد بكونها بيعاً وشراء من كل وجه على أنها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد، وأما بعد

امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد ولا تتمكن فيه هذه التهمة، بخلاف الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان. ثم بيّن الغبن اليسير والفاحش فقال: **(والذي لا يتغابن فيه مالاً يدخل تحت تقويم المقوّمين)** فيكون مقابله مما يتغابن فيه. قال شيخ الإسلام رحمه الله: هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب، فأما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل، وإن

قوله: **(وكلاهما صادق على المقايضة الخ)** أقول: بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور قوله: **(فالبيع والشراء يطلقان، إلى قوله: يخصه عليه)** أقول: قوله باعتبارين متعلق بقوله يطلقان والضمير في قوله منهما راجع إلى البيع والشراء، والضمير في قوله يخصه راجع إلى قوله كل والضمير في قوله عليه راجع إلى قوله عقد قوله: **(فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي الخ)** أقول: ما أشبه كلام الشارح هذا بما قال شارح رسالة آداب البحث التعلم والتعليم متحدان بالذات متغايران بالاعتبار، ومهد به عذرا لاكتفاء مصنف الرسالة بذكر التعلم حيث قال: يحتاج إليها كل متعلم، وبين اتحادهما بالذات بعض الأفاضل وهو مولانا معين الدين قوله: **(يتعين كل منهما بإطلاق لفظ الخ)** أقول: أي في المقايضة، بخلاف غيرها مما يقابل فيه السلع بالنقود، فإن التعيين فيه لا يتوقف على إطلاق اللفظ المختص بل صاحب السلعة بائع وصاحب النقود مشتر قوله: **(وذلك لأن الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه)** أقول: هذا تعليل لقوله السابق بأسطر وهو قوله فيسقط ما قيل الخ، وقوله فيعتبر ذلك: يعني يعتبر البيع، وقوله ويترجح جانبه: يعني يترجح جانب البيع قوله: **(ولا يجوز له أن يبيع بالأقل)** أقول: إذا باع بجنسه.

منهما. قال: (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس

صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف. ثم إنه فرّع على ما ذكره سقوط بعض ما قيل هاهنا. ولما لم يصح الأصل كما عرفته لم يصح الفرع أيضاً لأن صحة الفرع صحة الأصل كما لا يخفى. واعلم أن هاهنا أسئلة وأجوبة يستدعي بسطها تحقيق المقام فنقول: إن قيل من المحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة، فلو قلنا بأن بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه في ذلك الوقع لزم هذا المحال. قلنا إنما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة، وليس كذلك فإنه بيع من كل وجه بالنسبة إلى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة إلى غرض صاحبه، وإنما قلنا هكذا لأن البيع لا بد له من مبيع وثمن، وليس كل واحد منهما بأولى من الآخر في أن يجعل هو مبيعاً أو ثمناً، فجعل كل واحد منهما مبيعاً بمقابلة الآخر وثمناً بمقابلة الآخر. فإن قيل: لا نسلم عدم الأولوية في أحدهما لأنه لا بد من إدخال الباء في واحد منهما لتحقق إلصاق البدل بالمبدل وما دخل عليه الباء يتعين للثمنية لما عرف أن الباء تصحب الأثمان فحينئذ يتعين الآخر لكونه مبيعاً بحياله. قلنا: قد ذكر في أوائل كتاب البيوع أن الباء إنما تعين ما دخلت عليه بالثمنية إذا كان ذلك الشيء من المكيلات أو الموزونات من غير الدراهم والدنانير، فإن الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل، والعروض المعينة متعينة للمبيعية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل. أما المكيلات والموزونات إذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة، فإن دخلت عليها الباء تتعين للثمنية؛ كما إذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة، وأما إذا لم تدخل عليها الباء فلا تتعين لها أيضاً. ثم إن كلامنا هاهنا في بيع المقايضة وهي تنبىء عن المساواة يقال هما قيضان: أي مساويان، فكان كلا البدلين متعيناً فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعاً وثمناً، وإن دخلت الباء في أحدهما. فإن قيل: إذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعاً من كل وجه فمن أيّ وجه رجح أبو حنيفة جانب البيع فيه حتى نفد البيع على الآمر عنده إذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش؟ قلنا: رجح هو جانب البيع استدلالاً بما ذكر في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من أن جانب البيع يترجح على جانب الشراء في البيع بعرض؛ ألا يرى أن حد المضاربين لو اشترى بغير إذن صاحبه كان مشترياً لنفسه، ولو باع بغير إذن صاحبه شيئاً من مال المضاربة توقف على إجازة صاحبه، فإن باعه بعرض يتوقف أيضاً، حتى لو أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا أن جانب البيع يترجح فيه، كذا في النهاية ومعراج الدراية. فإن قلت: كما أن كل واحد من عاقدي عقد المقايضة بائع بالنسبة إلى عرض نفسه مشترياً بالنسبة إلى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدي عقد الصرف بائع ومشتر لما أن عقد الصرف بيع والبيع لا بد له من مبيع وثمن، وليس أحد البدلين أولى من الآخر في جعله مبيعاً أو ثمناً، فجعل كل واحد منهما مبيعاً وثمناً، ثم الغبن الفاحش يتحمل في بيع المقايضة على قول أبي حنيفة في ظاهر الرواية خلافاً لرواية الحسن كما ذكره في الذخيرة والمبسوط، ولا يتحمل في بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر في باب الوكالة بالصرف من صرف المبسوط، فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما في العلة؟ قلت: الفرق بينهما إنما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش هنا أيضاً، وذلك لأن تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش إنما لا ينفذ على الموكل للتهمة، فإن من الجائز أنه عقد لنفسه، فلما علم بالغبن أراد أن يلزم ذلك الموكل، وهذا المعنى موجود هنا فإن الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به في المبسوط. وأما في بيع المقايضة فليس للوكيل أن يبيع من نفسه ولا أن يشتري لنفسه عرض الآخر بمقابلة

قلّت الزيادة كالفلس مثلاً لأن هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين، إذ الداخل تحته ما يحتاج فيه إلى تقويمهم، ولا حاجة هاهنا للعلم به فلا يدخل. وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر. وقيل الفاحش، ويساعده سوق الكلام في العروض «ده نيم» وفي الحيوانات «ده يازده» وفي العقار «ده دوازده» فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان يسيراً لزم الآمر، وإن زاد على ذلك لزم

في مثله) لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر، حتى لو كان وكيلاً بشراء

عرض الموكل، فلم ترد التهمة التي وردت في حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك في ظاهر الرواية على قول أبي حنيفة. وذكر في الذخيرة أن الوكيل بالصرف إذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف، لأن الغبن على قول أبي حنيفة إن كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه، إلا أن الشراء أصل في هذا العقد لأن الثمنية في الدراهم والدنانير أصل والعبرة للأصل فكان شراء من كل وجه، والغبن الفاحش لا يتحمل في الشراء بالاتفاق، كذا في النهاية. قال صاحب العناية: ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لا يجوز له أن يبيع بالأقل أصلاً لأن موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى. أقول: فيه نظر لأن موكله إنما لا يملك البيع بالأقل فيما إذا اتحد البدلان في الجنس، وأما إذا اختلفا فيه فيملكه قطعاً كما تقرر في كتاب الصرف. ولا يخفى أن عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن فاحش على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر في صورة اتحاد الجنس، بل يعم صورتي اتحاد الجنس واختلافه، بل المسألة مصوّرة في صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه: وإن وكله بألف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز على الآمر انتهى. فتلزم هذه الصورة قطعاً وتكفي في ورود السؤال على ما ذكر في الكتاب. ولعمري إن صاحب العناية قد خرج في شرح هذه المسألة عن سنن الصواب، وغبن في تصرفاته غبناً فاحشاً، ومع ذلك قال في آخر كلامه: فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظاً بعين البصيرة تحمد المتصدي لتلفيقه إن شاء الله تعالى **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها)** وهي الغبن اليسير **(ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله)** وهو الغبن الفاحش. وقال في شرح الأقطع: وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير لعموم الأمر، كذا في غاية البيان. علل المصنف ما في الكتاب بقوله **(لأن التهمة فيه)** أي في الشراء **(متحققة فلعله)** أي فلعل الوكيل **(اشتراه)** أي اشترى الشيء الذي وكل به **(لنفسه)** أي لأجل نفسه **(فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره)** وهو الموكل **(على ما مر)** إشارة إلى ما ذكره في فصل الشراء بقوله لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر انتهى. والتهمة في باب الوكالة معتبرة، ولأن الوكيل بالشراء يستوجب الثمن في ذمة نفسه ويوجب لنفسه مثله في ذمة الآمر، والإنسان متهم في حق نفسه فلا يملك أن يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل في ملكه بإزائه ما يعدله، ولهذا لو قال: اشتريت وقبضت وهلك في يدي فهات الثمن لا يقبل قوله، بخلاف الوكيل بالبيع، فإنه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندي كان القول قوله، ولأن أمره بالشراء يلاقي ملك الغير، وليس للإنسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر إطلاق أمره فيه، بخلاف البيع فإن أمره يلاقي ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولأن اعتبار العموم أو الإطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكن، لأنه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال، ونحن نعلم أنه لا يقصد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير، وفي جانب البيع اعتبار العموم، والإطلاق ممكن لأنه لا يتسلط به على شيء من ماله سوى المبيع الذي رضي بزواله ملكه عنه. وهذه فروق أربعة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء في الغبن الفاحش ذكرت في كتاب البيوع من المبسوط **(حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قالوا)** أي المشايخ **(ينفذ على الآمر)** أي

الوكيل، والتقدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها، وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته، ووقوعه في القسم الأول كثير وفي الأخير قليل وفي الأوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعل أصلاً، والدرهم مال يحبس لأجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيراً، والنصف من النصفة فكان يسيراً

قال المصنف: **(والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها)** أقول: قال الإتقاني: قال الشيخ الإمام خواهر زاده: جواز عقد الوكيل جواز عقد الموكل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد، فأما ماله

شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه، وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة، ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق

ينفذ العقد على الآمر وإن كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة **(لأنه)** أي الوكيل **(لا يملك شراءه)** أي شراء ذلك الشيء المعين **(لنفسه)** وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ فإن بعضهم قال: يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش. وقال بعضهم: لا يتحمل فيه الغبن اليسير أيضاً كما في الذخيرة وغيرها **(وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّجه)** أي زوّج موكله **(امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده)** أي عند أبي حنيفة، ذكره محمد في الأصل في أول باب الوكالة في النكاح حيث قال: وإذا وكل رجل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها إياه فهو جائز، فإن زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد إذا زوّجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز، وإن زاد أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح إلا أن يرضاه، وإذا وكل رجل رجلاً أن يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته، ولا يشبه هذا الشراء لو أمره أن يشتري عبداً بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر، إلى هنا لفظ الأصل. قال المصنف في تعليل ما في الكتاب **(لأنه)** أي الوكيل بالنكاح **(لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد)** أي في عقد النكاح **(فلا تتمكن هذه التهمة)** أي تهمة أن يعقد أولاً لنفسه ثم يلحقه بغيره **(ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد)** أي لا يضيفه إلى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان، يعني يجوز له الإطلاق ولا يجب عليه الإضافة إلى الموكل فتتمكن تلك التهمة. قال شيخ الإسلام خواهر زاده: جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد كالعبيد والدوابّ وغير ذلك؛ وأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما، فإذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وإن قلّت الزيادة كالفلس مثلاً **(قال)** في بيوع التتمة وبه يفتي **(والذي لا يتغابن الناس فيه لا يدخل تحت تقويم المقومين)** هذا لفظ القدوري في مختصره. ويفهم منه أن مقابله مما يتغابن فيه. قال في الذخيرة: تكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش، والصحيح ما روي عن محمد رحمه الله في النوادر أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير، وما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين فهو فاحش. قال: وإليه أشار في الجامع في تعليل مسألة الزكاة. قال المصنف: **(وقيل في العروض «ده نيم» وفي الحيوانات «ده يازده» وفي العقارات «ده دوازده»)** اعلم أن ظاهر سوق الكلام هاهنا يشعر بأن يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش، لأن صريح ما ذكره سابقاً كان تفسيراً للغبن الفاحش، فإذا قال بعده: وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه أن يكون هذا أيضاً تفسيراً للغبن الفاحش، وأما الذي يقتضيه

وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع، فما كان أقل وقوعاً منه اعتبر ضعفه، وكان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه، والله أعلم. قال: **(وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه الخ)** وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على إطلاقه، واستوضح بقوله: ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده، فإذا باع النصف به أولى. وقالا: لا يجوز لأن التوكيل به ينصرف إلى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما، لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة

قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم إذا أراد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت. قال في بيوع التتمة: وبه يفتي انتهى. وقال الزيلعي: هذا كله إذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه إلى تقويم المقومين، وأما إذا كان معروفاً كالخبز واللحم والموز والجبن لا يبقى فيه الغبن وإن قل ولو كان فلساً واحداً انتهى قال المصنف: **(ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله)** أقول: قال الزيلعي: وكذا لا يجوز شراؤه بغير النقدين لعدم التعارف انتهى. وقد علم ذلك ضمناً في التوكيل بالشراء في شرح قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه قوله: **(أو قد وجده خاسراً الخ)** أقول: فيه أن المراد بعدم الموافقة في عبارة الهداية هو وجدانه خاسراً وإلا لا يكون دليلاً لمدعاه فلا وجه لكلمة أو، والظاهر أن أو تصحيف، والأصل إذ قد وجده نعم يمكن أن يمنع عدم كونه دليلاً لمدعاه فليتأمل.

العقد. قال: (والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقيل في العروض «ده نيم» وفي

التطبيق لما عين في سائر المعتبرات أن يكون مراده بذلك تفسيراً للغبن اليسير، وعن هذا كان الشراح هاهنا فرقتين: فمنهم من تردد في تعيين مراده وجعل كلامه محتملاً للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما بقيل لا من عند نفسه، ومنهم من جزم بالثاني فقال هذا بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر. وقال الشارح الكاكي من هذه الفرقة: وكان قوله وقيل معطوفاً على ما تضمنه قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين، فإنه إذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبناً يسيراً. والحق عندي أن يكون تفسيراً للغبن اليسير لأنه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء. وعامة المشايخ في كتبهم المعتبرة، منهم الإمام البارع علاء الدين الإسبيجابي فإنه قال في شرح الطحاوي: وروي عن نصير بن يحيى أنه قال: قدر ما يتغابن الناس في العروض «ده نيم» وفي الحيوان «ده يازده» وفي العقار «ده دوازده» انتهى. ومنهم الشيخ أبو المعين النسفي، فإنه قال في شرح الجامع الكبير: اختلف المشايخ في الحدّ الفاصل بين القليل والكثير: منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير، ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير، ومنهم من قال ذلك مفوّض إلى رأي القاضي. ومحمد قدّر في هذا الكتاب: يعني في الجامع الكبير بده نيم ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب. حكى عنهم أنهم قدّروا اليسير في العقار بده دوازده، وفي الحيوان بده يازده، وفي العروض بده نيم انتهى كلامه. إلى غير ذلك من الأئمة الكبار المتفقين على جعل ذلك تفسيراً للغبن اليسير. هذا وإنما كان التقدير في الأقسام المذكورة على الوجه المذكور **(لأن التصرف يكثر وجوده في الأول)** وهو العروض **(ويقلّ في الأخير)** وهو العقارات **(ويتوسط في الأوسط)** وهو الحيوان **(وكثرة الغبن لقلة التصرف)** لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها، وقلتها وكثرتها بقلة التصرف وكثرته، ثم إن عشرة دراهم نصاب نصاب تقطع به يد محترمة فجعلت أصلاً والدرهم مال يحبس لأجهل فقد لا يتسامح به في المماسكة فلم يغتبر فيما كثر وقوعه يسيراً والنصف من النصفة فكان يسيراً وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع، فما كان أقل وقوعاً منه اعتبر فيه ضعفه، وما كان أقل من الأقل اعتبر فيه ضعف ضعفه **(قال)** أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير **(وإذا وكله)** أي إذا وكل رجل رجلاً **(ببيع عبد)** أي ببيع عبد له، وفي بعض النسخ ببيع عبده **(فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة)** إنما وضع المسألة في العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور، لأنه إذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالإتفاق، ذكره في الإيضاح. قال المصنف **(لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع)** فيجري على إطلاقه، ونوّر ذلك بقوله **(ألا ترى أنه لو باع الكل)** أي كل العبد **(بثمن النصف يجوز عنده)** أي عند أبي حنيفة **(فإذا باع النصف به)** أي بذلك الثمن **(أولى)** أي فهو أولى لأن إمساك البعض مع بيع البعض بمقدار من الثمن أنفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن. وإنما قيد بقوله عنده لأنه لا يجوز عندهما لكونه غبناً فاحشاً. فإن قيل: إنما جاز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة، وأما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شرّ فينبغي أن لا ينفذ على الموكل. قلنا: ضرر الشركة أقل وأهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف، فإذا جاز هذا على قوله فلأن

فيحتاج إلى التفريق، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة، وإن لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز، وهذا استحسان عندهما، فإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل آنفاً في التوكيل بالبيع. والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن التهمة في الشراء متحققة على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الخ. وفرق آخر أن الأمر في البيع يصادق ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق فيملك بيع العبد كله أو نصفه، وأما الأمر بالشراء فإنه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق: أي إطلاق الأمر وتقييده فيعتبر فيه العرف، والعرف فيه أن يشتري العبد جملة.

قال المصنف: **(وكذا الوكيل بالنكاح الخ)** أقول: وكان ينبغي أن لا يجوز عنده أيضاً لأن الوكيل من قبل الزوج في معنى الوكيل بالشراء.

الحيوانات «ده يازده» وفي العقارات «ده دوازده»). لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في

يجوز ذلك وهو أهون أولى (**وقالا: لا يجوز**) أي لا يجوز بيع نصف ذلك العبد (**لأنه غير متعارف**) يعني أن التوكيل ببيع العبد ينصرف إلى المتعارف، وبيع النصف غير متعارف (**ولما فيه من ضرر الشركة**) لأنها عيب (**إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما**) أي الموكل والوكيل (**لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق، فإذا باع الباقي قبض نقض البيع الأول تبين أنه**)أي البيع الأول (**وقع وسيلة**) إلى الامتثال (**وإذا لم يبع**) الباقي (**ظهر أنه**) أي البيع الأول (**لم يقع وسيلة**) إلى الامتثال (**فلا يجوز، وهذا**) أي كون البيع موقوفاً إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة (**استحسان عندهما**) إذ القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف، كذا في معراج الدراية. وقال الزيلعي في التبيين: وقولهما استحسان، والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله ا هـ. والمعنى الأول أنسب بعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن (**وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيه لزم الموكل، لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصاً شقصاً**) الشقص: الجزء من الشيء والنصيب، كذا في المغرب (**فإذا اشترى الباقي قبل ردّ الآمر البيع تبين أنه وقع**) أي شراء البعض (**وسيلة**) إلى الامتثال (**فينفذ على الآمر**) لأنه يصير كأنه اشتراه جملة. قال المصنف (**وهذا**) أي جواب هذه المسألة وهو كون الشراء موقوفاً (**بالاتفاق**) بين أئمتنا الثلاثة. ثم اختلف أبو يوسف ومحمد في التوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه، فقال أبو يوسف: إن أعتقه الآمر جاز، وإن أعتقه الوكيل لم يجز. وقال محمد: إن أعتقه الوكيل جاز، وإن أعتقه الموكل لم يجز. فأبو يوسف يقول إن العقد موقوف على إجازة الموكل؛ ألا يرى أنه لو أجاز صريحاً نفذ عليه والإعتاق إجازة منه فينفذ عليه، ولا ينفذ إعتاق الوكيل لأن الوكالة تناولت محلاً بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلم ينفذ إعتاقه. ومحمد يقول: إنه قد خالف فيما أمره به، وإنما التوقف عليه من حيث أن الخلاف يتوهم رفعه بأن يشتري الباقي فيرتفع الخلاف، وقبل أن يشتريه بقي مخالفاً فإذا أعتقه الآمر لم يجز، كذا في النهاية والكفاية نقلاً عن الإيضاح (**والفرق لأبي حنيفة**) أي بين البيع والشراء (**أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر**) إشارة إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ: يعني أن التهمة متحققة في الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحيثية (**وآخر**) أي وفرق آخر لأبي حنيفة بين البيع والشراء (**أن الأمر بالبيع**) في صورة التوكيل بالبيع (**يصادف ملكه**)أي ملك الآمر (**فيصح**) أي الأمر بالبيع لولاية الآمر على ملكه (**فيعتبر فيه إطلاقه**) أي إطلاق الأمر (**والأمر بالشراء**) في صورة التوكيل بالشراء (**صادف ملك الغير**) وهو مال البائع (**فلم يصح**) أي الأمر بالشراء (**فلم يعتبر فيه التقييد والإطلاق**) أي تقييد الأمر وإطلاقه فيعتبر فيه

ولقائل أن يقول: هذا التعليل يقتضي أن لا يصح التوكيل بالشراء لأن التوكيل بالشراء أمر بالشراء، وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح. والجواب أن القياس يقتضي ذلك، ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام، فإن النبي ﷺ وكله بشراء الأضحية، وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه إلى المتعارف عملاً بالدلائل بقدر الإمكان، ولو عملنا بإطلاقه كان ذلك إبطالاً للقياس والعرف من كل وجه والإعمال ولو بوجه أولى. قال:

قال المصنف: (والذي لا يتغابن الناس الخ) أقول: قال الإتقاني: قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير: ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب بن إدريس. حكي عنهم أنهم قدروا اليسير في العقار به دوازده، وفي الحيوان ده يازده وفي العروض ده نيم، هذا كلامه انتهى. هذا مخالف لما في الهداية: فإن المفهوم منه أن المقدر بما ذكر هو الغبن الفاحش قوله: (قال شيخ الإسلام: هذا التحديد فيما الخ) أقول: هذا التحديد للفرق وإزالة الاشتباه بين الغبن اليسير والفاحش. فلا يرد أن قوله لأن هذا مما يدخل الخ يدل على اعتبار هذا التحديد لأن المراد بهذا التحديد تحديد كل واحد منهما للفرق بينهما، وإذ لا يسير فيما له قيمة معلومة بل كل زيادة فيه غبن فاحش لا تمس الحاجة إلى الفرق قوله: (وقيل الغبن اليسير الخ) أقول: أراد صاحب النهاية قوله: (وهو الظاهر) أقول: يعني من سائر الكتب قوله: (ويساعده سوق الكلام) أقول: يعني في الهداية والكافي قوله: (في العروض) أقول: مقول القول قوله: (فإذا كان الغبن الخ) أقول: توضيح للقيل الأول.

الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف. قال: **(وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله)** لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع؛ ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى **(وقالا: لا يجوز)** لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة **(إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما)** لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة، وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز، وهذا استحسان عندهما. **(وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيه لزم الموكل)** لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن

المتعارف، والمتعارف فيه أن يشتري العبد جملة كذا في العناية، وهو الذي يساعده ظاهر لفظ المصنف. قال صاحب العناية بعد ما اكتفى بهذا القدر من الشرح: ولقائل أن يقول: هذا التعليل يقتضي أن لا يصح التوكيل بالشراء لأن التوكيل بالشراء أمر بالشراء، وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح. والجواب أن القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام، فإن النبيّ ﷺ وكله بشراء الأضحية، وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه إلى المتعارف عملاً بالدلائل بقدر الإمكان، ولو عملنا بإطلاقه كان ذلك إبطالاً للقياس والعرف من كل وجه، والإعمال ولو بوجه أولى، إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب شيء، وهو أن حاصله أنا لم نعمل بالإطلاق في صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل، فيتجه عليه أن مقتضى هذا أن لا يعمل بالإطلاق في صورة التوكيل بالبيع أيضاً لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك. فإن قلت: لم يعمل بالقياس في صورة الشراء، فلو لم يعمل بالعرف أيضاً لزم إبطال الدليلين معاً، بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على أن الأمر فيها صادف ملك الآمر. قلت: لا تأثير لهذا الفرق هاهنا، لأنا إنما تركنا القياس في صورة الشراء بالنص وهو أقوى من القياس فبقي الكلام في العرف، فلو جاز تقييد الإطلاق به في صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الإمكان لجاز تقييده به في صورة البيع أيضاً بناء على ذلك. وقال صاحب غاية البيان في شرح الفرق الثاني: إن الأمر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمر فصح أمره لولايته على ملكه فاعتبر إطلاق الأمر فجاز بيع النصف، لأن الأمر وقع مطلقاً عن الجمع والتفريق. وأما الأمر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الأمر مقصوداً لأنه لا ملك للآمر في مال الغير، وإنما صح ضرورة الحاجة إليه، ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر إطلاقه فلم يجز شراء البعض لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، وذلك يتأدى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض، لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقي قبل أن يختصما فيجوز على الآمر لأنه حصل مقصوده انتهى. أقول: هذا القدر من البيان وإن كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المصنف إلا أنه حينئذ لا يتوجه السؤال الذي ذكره صاحب العناية ولا يحتاج إلى ما ارتكبه في جوابه كما لا يخفى على المتأمل **(قال)** أي محمد في بيوع الجامع الصغير **(ومن أمر رجلاً**

(ومن أمر رجلاً ببيع عبده الخ) ومن أمر رجلاً أن يبيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبضه فردّه المشتري على البائع بعيب، فإما أن يكون ذلك بقضاء أو بغيره، فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون بعيب يحدث مثله أو لم يكن؛ فإن لم يكن، فإما أن يكون العيب ظاهراً والقاضي عاين البيع أو لم يكن، فإن كان الأول لا يحتاج إلى الحجة من بينة أو نكول أو إقرار لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للردّ إليها، وإن لم يكن فلا بد منها لا للقضاء بل لأنه إذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج إليها لظهوره، وقد لا يكون العيب ظاهراً كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج إلى النساء أو الأطباء في توجه الخصومة، والردّ لا يثبت بقول النساء أو الطبيب فيحتاج إلى الحجة، وفي هاتين الصورتين الردّ على الوكيل ردّ على الموكل فلا يحتاج إلى ردّ وخصومة لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية

قوله: **(فإذا باع النصف به أولى)** أقول: من أين علم أنه باع النصف به فإنه يجوز أن يبيع النصف بربع الثمن إلا أن يبني على الظاهر من الحال.

كل موروثاً بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصاً شقصاً، فإذا اشترى الباقي قبل ردّ الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الآمر، وهذا بالاتفاق. والفرق لأبي حنيفة أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر. وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق.

ببيع عبده فباعه) وسلمه **(وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه)** أي على البائع المشتري **(بعيب لا يحدث مثله)** أي لا يحدث مثله أصلاً كالأصبع الزائدة والسن الشاغية، أو لا يحدث مثله في مثل هذه المدة **(بقضاء القاضي)** متعلق بردّه: أي رده بقضاء القاضي، وهو احتراز عما إذا كان الرد بغير قضاء كما سيأتي **(ببينة)** متعلق بقضاء القاضي أي قضائه ببينة المشتري **(أو بإباء يمين)** أي أو قضائه بإباء البائع عن اليمين عند توجهها إليه **(أو بإقراره)** أي أو قضائه بإقرار البائع **(فإنه)** أي البائع وهو المأمور **(برده)** أي يرد العبد الذي رد عليه **(على الآمر)** بلا حاجة إلى خصومة، إذ الرد على الوكيل في هذه الصورة رد على الموكل. فإن قيل: إذا أقرّ الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لا محالة، فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الإقرار؟ قلنا: يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول، فقضاء القاضي كان إجباراً على القبول، كذا في النهاية وكثير من الشروح. وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال: فإن قلت: إن كان الوكيل مقراً بالعيب يردّ عليه فلا حاجة إلى قضاء القاضي فما فائدة ذكره؟ قلت: الكلام وقع في الردّ على الموكل، فإذا كان الرد على الوكيل بإقراره بلا قضاء لا يرد على الموكل، وإن كان عيباً لا يحدث مثله في عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة إذاً فافهمه واغتنمه، انتهى كلامه. أقول: هذا الجواب ليس بشاف، إذ هو لا يحسم عرق السؤال، لأن هاتيك الفائدة مترتبة على وقوع القضاء. أي حاصلة بعد حصوله، وكلام السائل في سبب وقوع القضاء ابتداء. يعني أن القضاء إنما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات، ولا شك أن فصل الخصومة ورفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة، وفيما إذا أقرّ الوكيل بالعيب لا خصومة ولا منازعة فلا حاجة إلى القضاء رأساً فبأي سبب يقع القضاء حتى تترتب عليه تلك الفائدة؟ فالجواب الشافي هو الأول لأن امتناع المقرّ بالعيب عن قبول المعيب يقتضي الاحتياج إلى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول. قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة **(لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع)** إذ الكلام في عيب لا يحدث مثله **(فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج)** يعني البينة والنكول والإقرار. قال جماعة من الشراح: هذا جواب عن سؤال سائل وهو أن يقال: لما كان العيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضي على وجود هذه الحجج، بل ينبغي أن يقضي القاضي بدونها لعلمه قطعاً بوجود هذا العيب عند البائع. فأجاب بأن قال: لم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج الخ. أقول: لا يذهب على من له ذوق صحيح أن معنى هذا الكلام وإن كان صالحاً لأن يكون جواباً عن ذلك السؤال، إلا أن تفريع قوله

القاضي، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل، وإن كان بعيب يحدث مثله، فإن رده ببينة أو بإباء يمين فكذلك لأن البينة حجة مطلقة: أي كاملة فتتعدى، والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر، وإن رده بإقرار لزم الوكيل لأن الإقرار حجة قاصر وهو غير مضطر إليه لأنه أمكنه السكوت أو الإنكار حتى تعرض عليه اليمين ويقضي بالنكول، لكن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكول الموكل لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي، غير أن الحجة وهي الإقرار قاصرة؛ فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه، ومن حيث القصور لا يلزمه،

(قال إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أقول: أراد به الاختصام إلى القاضي ونقض القاضي البيع كما يدل عليه كلام بعض الشروح، وقول المصنف قبل نقض البيع قوله: **(فلعله اشتراه لنفسه)** أقول: وعدم الموافقة هنا لتعينه بالشركة فتدبر قوله: **(وفرق آخر أن الأمر بالبيع الخ)** أقول: وتحقيقه أن العبد لما كان ملك البائع وملك الوكيل التصرف في كله ملكه التصرف في بعضه أيضاً، والعرف العملي لا يصلح مقيداً للفظ كمن قال لامرأته طلقي نفسك ثلاثاً فطلقتها واحدة حيث يصح، ومرت المسألة في الاختلاف في الشهادات بدليلها، ولما لم يملك الموكل للشراء بالشراء لم يملك التصرف فيه حتى يملكه الوكيل فيقال تمليك التصرف في الكل يتضمن تمليكه في

قال: **(ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقرار فإنه يرده على الآمر)** لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن

ولم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج على ما قبله بإدخال الفاء عليه يأبى ذلك جداً لأن منشأ السؤال ما سبق قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه؟ وكأن صاحب النهاية ذاق هذه البشاعة حيث قال في شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج. هذا الذي ذكره دفع لسؤال سائل فقرر السؤال بالوجه المذكور. ثم لما جاء إلى تقرير الجواب قال: فأجاب عنه بقوله وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم الخ، فجعل الجواب قوله وتأويل اشتراطها في الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج، لكن لا يجدي ذلك طائلاً، أما أولاً فلأنه قد اعترف ابتداء في شرح قوله فلم يكن قضاؤه إلى آخره بأن هذا دفع لذلك السؤال وأما ثانياً فلأنه لا مجال لإخراج قوله فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج عن جواب ذلك السؤال وإدخاله في التعليل السابق، لأن التعليل المذكور قد تم بدون القول المزبور. والجواب عن ذلك السؤال لا يتم بدون هذا كما لا يخفى. وأما صاحب معراج الدراية وغيره لما رأوا معنى الكلام بمقتضى المقام غير قابل للصرف إلى غير ذلك صرحوا بأن قوله فلم يكن قضاؤه مستنداً الخ جواب عن ذلك السؤال، ولكن لم يتعرض أحد منهم لبيان ركاكة الفاء حينئذ، فتلخص مما ذكرنا أنه لو قال المصنف ولم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه أسلم وأوفى **(وتأويل اشتراطها)** أي اشتراط هذه الحجج **(في الكتاب)** يعني الجامع الصغير **(أن القاضي يعلم أنه)** أي العيب المذكور **(لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً لكنه اشتبه عليه)** أي على القاضي **(تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج)** أي إلى واحدة منها **(لظهور التاريخ)** أي لأجل ظهور التاريخ عنده حتى يتبين له أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه **(أو كان عيباً)** إشارة إلى تأويل آخر: أي أو كان للعيب الذي يريد المشتري الرد به عيباً **(لا يعرفه إلا النساء)** كالقرن في الفرج ونحوه **(أو الأطباء)** أي أو عيباً لا يعرفه إلا الأطباء كالدق والسعال القديم **(وقولهن)** أي قول النساء **(وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة)** للمشتري **(لا في الرد)** أي ليس بحجة في الرد على البائع **(فيفتقر)** أي القاضي **(إليها)** أي إلى الحجج المذكورة **(في الرد)** على البائع. أقول: في هذا التأويل نظر، إذ على هذا لا يتم قول المصنف فيما مر آنفاً، فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج والاحتياج، إلى التأويل إنما كان لأجل تتميم ذلك بل على هذا لا يتم جواب أصل المسألة أيضاً، إذ ينبغي حينئذ أن يكون الجواب في الرد على المأمور بعيب لا يحدث مثله مثل الجواب في الرد عليه بعيب يحدث مثله في صورة إن كان ذلك بإقرار، لأنه لما لم يكن قول النساء ولا قول الأطباء حجة في حق الرد بل كان القاضي فيه مفتقراً إلى إحدى الحجج المذكورة فيما لا يحدث مثله أيضاً كان قضاؤه على المأمور بإقراره قضاء بحجة قاصرة لم يضطر المأمور إليها، فينبغي أن لا تتعدى إلى الآمر بعين ما ذكروا فيما يحدث مثله فتأمل. ثم إن صاحب الكافي زاد هاهنا تأويلاً ثالثاً وقدمه على التأويلين اللذين ذكرهما المصنف حيث قال: ومعنى شرط البينة والنكول والإقرار أن يشتبه على القاضي أن هذا العيب قديم أم لا. أو علم أنه لا يحدث في مدة شهر مثلاً، ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج إلى هذه الحجج ليظهر التاريخ،

وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في النهاية إذا أقرّ الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لا محالة. وإن كان الثاني، فإما أن يكون بعيب يحدث مثله أو لا، فإن كان الأول وكان رده بإقرار لزم الوكيل وليس له أن يخاصم آمره، وعبر عنه بالبائع لأن المبيع لما انتقل إلى الوكيل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه لأنه

البعض فلم يمكن اعتبار الأمر فبقي اعتبار العرف العملي، الحمد لله على ما هدانا قوله: **(فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق)** أقول: لظهور أن اعتبار إطلاق الأمر وتقييده فرع عن صحة الأمر قوله: **(وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن)** أقول: ولا يمكن أن يجعل المحل عبارة الموكل وإلا يلزم أن يكون الوكيل بالشراء سفيراً لا تتعلق به الحقوق، وقد مر من الشارح كلام متعلق بتحقيق المقام فتذكر **(قال المصنف: بعيب لا يحدث مثله)** أقول: أي في تلك المدة كما يفهم من المقابلة، يدل عليه قول القاضي يعلم أنه لا يحدث في مدة أشهر، وهذا أعم مما لا يحدث أصلاً أو يحدث لكن لا في تلك المدة.

قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج. وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ، أو كان عيباً لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء، وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الردّ فيفتقر إليها في الردّ، حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها وهو ردّ على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى ردّ وخصومة. قال: **(وكذلك إن ردّه عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين)** لأن البينة حجة مطلقة، والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن

أو كان عيباً لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء كالقرن في الفرج ونحوه. وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة، ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر إلى هذه الحجج للرد انتهى، وذكره صاحب غاية البيان أيضاً. أقول: ذلك التأويل مما لا يرى له وجه صحة هاهنا، لأن الكلام في الرد بعيب لا يحدث مثله، والعيب الذي يشتبه على القاضي أنه قديم أم لا مما يحدث مثله، إذ لا شك أن المراد بما يحدث مثله ما يجوز أن يحدث مثله عند المشتري لا ما يتعين حدوثه عنده وإلا لما صح رده على البائع ولو بحجة، وإن المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز أن يحدث مثله عند المشتري، فالذي يشتبه أنه قديم أم لا مما يجوز أن يحدث مثله وإلا لما اشتبه حاله، فإن ما لا يجوز أن يحدث مثله قديم البتة **(حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج)** أي القاضي **(إلى شيء منها)** أي من تلك الحجج **(وهو)** أي الرد على الوكيل **(ردّ على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى ردّ وخصومة)** مع الموكل لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل قال: **(وكذلك إذا رده)** أي وكذلك الحكم إذا ردّ المشتري العبد **(عليه)** أي على الوكيل **(بعيب)** أي بسبب عيب **(يحدث مثله ببينة)** متعلق برده: أي رده عليه ببينة **(أو بإباء يمين)** أي بالنكول عن اليمين **(لأن البينة حجة مطلقة)** أي كاملة فتتعدى، كذا في العناية وهو الظاهر. وقيل: أي مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل، كذا في معراج الدراية أخذاً من الكافي **(والوكيل مضطر في النكول)** هذا جواب عن خلاف زفر في إباء عن يمين، فإنه قال: لو ردّ على الوكيل بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل كمن اشترى شيئاً وباعه من غيره، ثم إن المشتري الثاني وجد عيباً فرده على المشتري الأول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه، فجعل هذا وما لو ردّ عليه بإقراره سواء في حق البائع، فكذا في حق الوكيل، ولكنا نقول: الوكيل مضطر في هذا النكول **(لبعد العيب عن علمه)** أي عن علم الوكيل **(اعتبار عدم ممارسة المبيع)** فإنه لم يمارس أحوال المبيع وهوالعبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف أن يحلف كاذباً فينكل، والموكل هو الذي أوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة **(فيلزم الآمر)** أي فيلزم العبد الآمر أو فيلزم حكم النكول الآمر، بخلاف ما إذا أقرّ فإنه غير مضطر إلى الإقرار لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضي عليه بالنكول فيكون هو في الإقرار مختاراً لا مضطراً، وبخلاف المشتري الأول فإنه مضطر إلى النكول، ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره، كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(فإن كان ذلك)** أي الرد على الوكيل **(بإقرار)** أي بإقراره **(لزم المأمور)** أي لزم العبد المأمور وهو الوكيل **(لأن الإقرار حجة قاصرة)** فيظهر في حق المقرّ دون غيره **(وهو)** أي المأمور **(غير مضطر إليه)** أي إلى الإقرار **(لإمكانه السكوت والنكول)** برفع السكوت والنكول: يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضي عليه بالسكوت والنكول **(إلا أن له أن يخاصم الموكل)**

بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء، والبائع: أي الموكل ثالثهما. وإن كان الثاني والرد بإقرار لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الأصل لأن الرد متعين، وذلك لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضي إن رفع الأمر إليه، فإنهما لو رفعا الأمر إليه في عيب لا يحدث مثله رده عليه من غير تكليف بإقامة الحجة على ذلك وكان ذلك رداً على الموكل. وفي عامة الروايات أنه لا يلزم الآمر، وليس للمأمور أن يخاصمه لما ذكرنا أنه بيع جديد في حق ثالث. وقوله الرد متعين ممنوع لأن حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان، ولم يذكر صورة الرد بالبينة

علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر. قال: **(فإن كان ذلك بإقراره لزم المأمور)** لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول، إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله، بخلاف ما إذا كان الردّ بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما، والردّ بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي، غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار؛ فمن حيث الفسخ كان له أن

يعني لكن للوكيل أن يخاصم الموكل **(فيلزمه ببينة أو بنكوله)** أي بنكول الموكل. قال بعض الفضلاء: لم يذكر الإقرار إذ لا فائدة في المخاصمة هنا إذا كان مقراً بخلاف الوكيل انتهى. أقول: ليس هذا بتام، إذ يجوز أن يقرّ الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول؛ ففائدة الخصومة أن يجبره القاضي على القبول كما قالوا في إقرار الوكيل، على أنه يجوز أن يظهر إقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها، فلا معنى لقوله إذ لا فائدة في المخاصمة هاهنا إذا كان مقراً فتدبر **(بخلاف ما إذا كان الردّ)** أي الرد بإقرار الوكيل **(بغير قضاء)** يعني أن ما سبق من أن للوكيل أن يخاصم الموكل فيما إذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضي بإقراره، وأما إذا كان ذلك بغير قضاء **(والعيب يحدث مثله)** فبخلافه **(حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه)** يعني الموكل **(لأنه)** أي الرد بالإقرار والرضا من غير قضاء **(بيع جديد في حق ثالث)** وإن كان فسخاً في حق المتعاقدين **(والبائع)** يعني الموكل **(ثالثهما)** أي ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشتري. وقال صاحب غاية البيان: وكان ينبغي أن يقول أن يخاصم موكله أو يقول آمره، وكان ينبغي أيضاً أن يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما أو الآمر ثالثهما، لأن الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى. واعتذر عنه صاحب العناية بأن قال: عبر عنه بالبائع لأن المبيع لما انتقل إلى الوكيل وتقرّر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه انتهى **(والردّ بالقضاء فسخ)** هذا جواب سؤال وهو أن يقال: ينبغي أن لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل أصلاً فيما إذا حصل الرد بإقرار الوكيل لكونه بيعاً جديداً في حق الموكل، فقال الردّ بالقضاء فسخ **(لعموم ولاية القاضي)** يعني أن الرد بالقضاء لا يحتمل أن يكون عقداً مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضي لأن القاضي يردّه على كره منه فيجعل فسخاً لعموم ولاية القاضي **(غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار)** يعني لكن الفسخ استند إلى حجة قاصرة وهي الإقرار فعملنا بالجهتين **(فمن حيث الفسخ)** أي من حيث أن الردّ بالقضاء فسخ **(كان له)** أي للوكيل **(أن يخاصم)** أي مع الموكل **(ومن حيث القصور في الحجة)** أي من حيث أن الإقرار حجة قاصرة **(لا يلزم الموكل إلا بحجة)** أي إلا بإقامة الوكيل الحجة على الموكل. قال صاحب العناية: وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في نهاية إذا أقرّ الوكيل بالعيب، لا حاجة حينئذ إلى قضاء لأنه لا محالة انتهى. أقول: فيه بحث، إذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل أن هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله، وما قال في النهاية إنما هو في أصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء، فإنه إذا أقرّ الوكيل

والنكول لعدم تأتيهما لدى عدم القضاء. قال: **(ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد الخ)** إذا اختلف الآمر والمأمور في إطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً فالقول للآمر لأن الأمر يستفاد من جهته، ومن يستفاد الأمر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعتبر، إلا إذا كان في العقد ما يخالف مدعاه، وليس ذلك بموجود لأن عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد، فإنه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا

قال المصنف: **(فيفتقر إليها)** أقول: قال الإتقاني: أي فيفتقر المشتري إلى الحجة وهي نكول البائع عن اليمين مثلاً برد المبيع انتهى. ولعله قصور قال المصنف: **(إن كان ذلك بإقرار لزم المأمور)** أقول: قال الكاكي: وإذا كان عيباً لا يحدث مثله فرده بإقراره بقضاء يكون رداً على الموكل باتفاق الروايات، لأن القاضي فسخ العقد بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع لا بإقراره فيلزم الآمر كما لو رده ببينة انتهى. بقي هاهنا أمر وهو ما إذا كان علم القاضي للعيب القديم بإقرار الوكيل بأن كانت الجارية ملكاً للوكيل ثم باعها من الموكل ووهبها له ثم باعها الوكيل بالوكالة من آخر فأراد المشتري الرد عليه بعيب القرن أو الرتق أو الفتق وأقر الوكيل عند القاضي بعيب ففي مثل هذه الصورة ينبغي أن يلزم الوكيل وكان له أن يخاصم الآمر بجريان الدليل بعينه فليتأمل فوله: **(أو بنكول الموكل الخ)** أقول: لم يذكر الإقرار

يخاصمه، ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة، ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لأن الرد متعين، وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق في

بالعيب لم يبق هناك حاجة إلى قضاء، فمن أي وجه يتحقق القضاء حتى تترتب عليه الفائدة المذكورة، وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية، فإن للسائل أن يقول ثبت العرس ثم انقش. ثم إن صاحب النهاية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السؤال، وأجاب عنه بأن قال: يمكن أن يقرّ الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول، فقضاء القاضي كان جبراً عليه على القبول انتهى. وقد ذكرنا السؤال والجواب في أول المسألة، ولا يخفى أن ذلك الجواب جواب حسن ووجه وجيه، فإن فيه لمندوحة عن التوجيه الذي تمحل به المصنف في باب خيار العيب في مسألة رد المشتري الثاني على المشتري الأول بعيب بقضاء القاضي بإقرار أو بينة أو بإباء يمين حيث قال هناك: ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة انتهى فتفكر. فإن قيل إذا كان الرد بإقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي أن يكون له ولاية الرد على الموكل كما في الوكيل بالإجارة، فإنه إذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فإنه يلزم الموكل ولم يعتبر إجارة جديدة في حق الموكل، فكذا هذا. قلنا: من أصحابنا من قال: لا فرق بينهما في الحقيقة لأن المعقود عليه في إجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار، ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان المؤجر، فيكون هذا من المبيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الآمر فكذا في الإجارة. وقال: شمس الأئمة السرخسي: وفي الكتاب علل للفرق بين الفصلين، وقال: إن فسخ الإجارة ليس بإجارة في حق أحد، لأن على إحدى الطريقتين الإجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع، فبعد الرّد بالعيب يمتنع الانعقاد إلا أن يجعل ذلك عقداً مبتدأ. وعلى الطريقة الأخرى العقد منعقد باعتبار إقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة، وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها، ولا ضرورة إلى أن يجعل الرد بالعيب عقداً مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء)** أي وكان الرد بغير قضاء **(بإقراره)** أي بإقرار الوكيل **(يلزم الموكل من غير خصومة في رواية)** أي في رواية كتاب البيوع من الأصل **(لأن الرد متعين)** وذلك لأنهما فعلا غير ما يفعله القاضي لو رفع الأمر إليه، فإنهما لو رفعا الأمر إليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه إقامة الحجة على ذلك وكان ذلك رداً على الموكل. قال في الكافي: فإذا تعين الردّ صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة **(وفي عامة الروايات)** أي عامة روايات المبسوط **(ليس له)** أي للوكيل **(أن يخاصمه)** يعني لا يلزم الموكل وليس للوكيل أن يخاصمه **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه بيع جديد في حق ثالث **(والحق)** أي حق المشتري **(في وصف السلامة)** هذا جواب عن قوله في رواية كتاب البيوع لأن الرد متعين: يعني لا نسلم أن الرد متعين لأن حق المشتري يثبت أوّلاً في الجزء الفائت وهو وصف السلامة **(ثم ينتقل)** بضرورة العجز عن ذلك **(إلى الردّ، ثم)** ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب أو بحدوث زيادة في المبيع **(إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد)** وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحوّل إلى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع. قال

الشيء لا يكون وكيلاً ببيعه؛ ولو قال وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك إلا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف مدّعاه من الإطلاق؛ ولو اختلف المضارب وربّ المال في الإطلاق والتقييد فقال ربّ المال أمرتك أن تعمل في البزّ وقال المضارب

إذ لا فائدة في المخاصمة هنا إذا كان مقراً، بخلاف الوكيل قال المصنف: **(ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة)** أقول: وعدم الاضطرار إليه، وهذا مراد أيضاً كما يفهم من تقرير المصنف، وإلا فينبغي أن لا يلزم الموكل في صورة النكول أيضاً إلا بحجة، لأن النكول حجة قاصرة أيضاً خصوصاً على أصلهما فإنه إقرار عندهما قوله: **(لأنه يقبله لا محالة)** أقول: إذ لا نسلم أنه يقبله بدون القضاء لئلا تفوت تلك الفائدة قوله: **(ثم إنه ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع)** أقول: إذا امتنع الرد بتعيب المبيع عند المشتري بعيب آخر.

وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد، وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا. قال: **(ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً فالقول قول الآمر)** لأن الآمر يُستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق. قال: **(وإن اختلف في ذلك المضارب وربّ المال فالقول قول المضارب)** لأن الأصل في المضاربة العموم، ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الإطلاق،

المصنف **(وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا)** يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهي شرح للبداية: ألفها المصنف قبل الهداية كما ذكره في الديباجة، ولم نعلم وجود نسخها الآن ولم نسمع أن أحداً رآها. قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور: وهكذا ذكر الروايتان في شروح الجامع الصغير وغيرها، وبين الروايتين تفاوت كثير لأن فيه نزولاً من اللزوم إلى أن لا يخاصم بالكلية. وكان الأقرب أن يقال: لا يلزمه ولكن له أن يخاصم انتهى. أقول: ولعمري إن رتبته لا تتحمل الإقدام على مثل هذا الكلام، لأن ما عدّه أقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجراءة عليه من عند نفسه سيما بعد الإطلاع على الأدلة المذكورة فإنها تقتضي ما في إحدى الروايتين البتة لا غير كما لا يخفى على المتأمل **(قال)** أي قال محمد في الجامع الصغير **(ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً فالقول قول الآمر)** يعني إذا اختلف الآمر والمأمور في إطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً زائداً عليه فالقول قول الآمر **(لأن الأمر يستفاد من جهته)** أي من جهة الآمر. ومن يستفاد الأمر من جهته فهو أعلم بما قاله فكان هو المعتبر، إلا إذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود، وقد أشار إليه بقوله **(ولا دلالة على الإطلاق)** إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيداً وقد يكون مطلقاً ولا دليل على أحد الوجهين. على أن الأصل في عقد الوكالة التقييد لأن مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك، فإنه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلاً ببيعه؛ ألا يرى أنه لو قال لغيره وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك إلا الحفظ وكان مدعياً لما هو الأصل فيه فكان القول قوله **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإن اختلف في ذلك)** أي في الإطلاق والتقييد **(المضارب ورب المال)** فقال رب المال أمرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيئاً **(فالقول قول المضارب)** قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف هاهنا: فقال ربّ المال أمرتك أن تعمل في البزّ وقال المضارب دفعت إليّ المال مضاربة ولم تقل شيئاً. أقول: هذا التصوير لا يطابق المشروح وهي مسألة الجامع الصغير. فإن صورتها هكذا: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة فاختلفا فقال ربّ المال أمرتك أن تبيعه بالنقد دون ما سواه، وقال المضارب أعطيتني المال مضاربة ولم تقل شيئاً. قال القول قول المضارب الذي أخذ المال. انتهى لفظ محمد. قال المصنف في تعليل هذه المسألة **(لأن الأصل في المضاربة العموم)** يعني أن الأمر

دفعت إليّ المال مضاربة ولم تقل شيئاً فالقول للمضارب، لأن الأمر وإن كان مستفاداً من جهة ربّ المال إلا أن في العقد ما يخالف دعواه لأن الأصل في المضاربة العموم؛ ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الإطلاق قائمة، بخلاف ما إذا ادّعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لربّ المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفاً **(ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقداً ونسيئة إلى أيّ أجل كان)** متعارف، عند التجار في تلك السلعة أو غير متعارف فيها كالبيع إلى خمسين سنة عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يتقيد بأجل متعارف **(والوجه)** من الجانبين **(تقدم)** في مسألة الوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافاً لهما **(ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهناً فضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه فلا ضمان عليه)** قيل المراد

قوله: (قيل المراد، بالكفالة، إلى قوله: يرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلساً).

بخلاف ما إذا ادعى ربّ المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقداً ونسيئة إلى أيّ أجل كان عند أبي حنيفة، وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم. قال: **(ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهناً فضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه فلا ضمان عليه)** لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها

وإن كان مستفاداً من جهة رب المال إلا أن في العقد ما يخالف دعواه بناء على أن الأصل في المضاربة العموم والإطلاق **(ألا ترى أنه)** أي المضارب **(يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة)** يعني أن المضاربة تصح عند الإطلاق ويثبت الإذن عاماً **(فقامت دلالة الإطلاق)** أي فقامت الدلالة على الإطلاق، فمن ادعى الإطلاق في المضاربة كان مدعياً لما هو الأصل فيها، فكان القول قوله **(بخلاف ما إذا ادعى ربّ المال المضاربة في نوع)** أي في نوع مسمى **(والمضارب في نوع آخر)** أي وادعى المضارب المضاربة في نوع آخر **(حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما فنزل)** أي عقد المضاربة **(إلى الوكالة المحضة)** وفيها القول للآمر كما مرّ آنفاً **(ثم مطلق الأمر بالبيع)** في صورة الوكالة **(ينتظمه)** أي ينتظم البيع **(نقداً ونسيئة إلى أيّ أجل كان)** متعارف عند التجار في تلك السلعة أو غير متعارف فيها **(عند أبي حنيفة. وعندهما يتقيد بأجل متعارف)** حتى لو باع بأجل غير متعارف عند التجار بأن باع إلى خمسين سنة جاز عنده خلافاً لهما **(والوجه قد تقدم)** أي الوجه من الجانبين قد تقدم في مسألة الوكيل بالبيع، فإن أبا حنيفة عمل بالإطلاق وهما بالمتعارف. قال صاحب الغاية: وكان الأنسب أن يذكر مسألة النسيئة في أوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار إلى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهناً فضاع)** أي الرهن **(في يده أو أخذ به)** أي بالثمن **(كفيلاً فتوى المال عليه)** أي على الكفيل **(فلا ضمان عليه)** أي على المأمور. قال الكاكي في معراج الدراية: فلا ضمان عليه: أي على الكفيل، وتبعه الشارح العيني. أقول: لا وجه له أصلاً، إذ الضمان على الكفيل أمر مقرر ليس بمحل الشك فضلاً عن الحكم بخلافه، وإنما الكلام في عدم الضمان على الوكيل إذ هو محل شبهة فهو مورد البيان؛ ألا يرى قول المصنف في تعليل المسألة **(لأن الوكيل أصيل في الحقوق)** أي في حقوق العقد **(وقبض الثمن منها)** أي من الحقوق **(والكفالة توثق به)** أي بالثمن **(والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء)** أي لجانب استيفاء الثمن فقد ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا مؤكدين لحق استيفاء الثمن **(فيملكهما)** أي فيملكهما الوكيل، فإذا ضاع الرهن في يده لم يضمن لأن استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث أنه بدله أقيم مقامه، ولو هلك الثمن في يده هلك أمانة فكذلك الرهن. وقيل المراد بالكفالة هاهنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة لأن الأصيل لا يبرأ. وقيل بل هي على حقيقتها، والتوى فيها بأن يموت الكفيل والأصيل مفلسين. وقيل التوى فيها بأن يرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصيل فيحكم على ما يراه أو يموت الكفيل مفلساً، كذا في الشروح. واعلم أن القول الثالث هو الذي ذهب إليه صاحب الكافي حيث قال: فتوى المال على الكفيل بأن رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الأصيل فتوى المال على الكفيل انتهى. وإن الإمام الزيلعي قد اختار ذلك، وزيف القولين الأولين حيث قال في التبيين: وفي النهاية المراد بالكفالة هاهنا الحوالة، لأن التوى لا يتحقق في الكفالة، وقيل الكفالة على حقيقتها، فإن التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين، وهذا كله ليس بشيء لأن المراد هاهنا توى مضاف إلى أخذه الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ

بالكفالة هاهنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة لأن الأصيل لا يبرأ. وقيل بل هي على حقيقتها، والتوى فيها بأن يموت الكفيل والأصيل مفلسين، وقيل التوى فيها هو أن يأخذ كفيلاً ويرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلساً، وإنما لم يكن عليه ضمان لأن الوكيل أصيل في الحقوق، وقبض الثمن منها والكفالة توثق به،

والكفالة توثق به، والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه.

كفيلاً أيضاً لم يتو دينه كما في الرهن، والتوى الذي ذكره هاهنا غير مضاف إلى أخذ الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلاً أيضاً لتوى بموت من عليه الدين مفلساً، وحمله على الحوالة فاسد لأن الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلساً بل يرجع به على المحيل، وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة. والأوجه أن يقال: المراد بالتوى توى مضاف إلى أخذه الكفيل، وذلك يحصل بالمرافعة إلى حاكم يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلساً مثل أن يكون القاضي مالكياً ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلساً إلى هاهنا كلامه فتأمل **(بخلاف الوكيل بقبض الدين)** إذا أخذ بالدين رهناً أو كفيلاً فإنه لا يجوز **(لأنه)** أي الوكيل بقبض الدين **(يفعل نيابة)** أي يتصرف نيابة عن الموكل حتى إذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه **(وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن)** فيقتصر على قدر المأمور به دون غيره **(والوكيل بالبيع يقبض)** أي يقبض الثمن **(أصالة)** لا نيابة **(ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه)** أي عن قبض الثمن، فينزل الوكيل في ذلك منزلة المالك، والمالك لو أخذ بالثمن رهناً أخذ به كفيلاً جاز فكذلك الوكيل بالبيع.

والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء، ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا إذا قبض بدله، بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ بالدين رهناً أو كفيلاً فإنه لا يجوز لأنه يتصرف نيابة حتى إذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن أصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض.

أقول: قوله يرفع الأمر إلى حاكم: يعني إلى حاكم مالكي يرى براءة الأصيل ولا يرى الرجوع على الأصيل بموت الكفيل مفلساً. ورجح الزيلعي القيل الثالث لأن المراد توى مضاف إلى أخذ الكفيل بحيث إنه لو لم يأخذ كفيلاً لم يتو دينه كما في الرهن ولا يتحقق ذلك في القيل الثاني، لأنه لو لم يأخذ كفيلاً لتوى بموت من عليه الدين مفلساً، وفي الحوالة لا يتوى بل يرجع به على المحيل.

فصل

قال: **(وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر)** وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى **الرأي** كالبيع والخلع وغير ذلك، لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما، والبدل وإن كان مقدراً ولكن التقدير

فصل

لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما، كذا في الشروح. قال في غاية البيان بعد ذكر هذا الوجه: ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كبير حاجة، إلا أن يقال: يفهم هنا شيء آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والإعتاق والإجارة، وهذا حسن انتهى **(وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر)** هذا لفظ القدوري في مختصره. اعلم أن هذا الحكم فيما إذا وكلهما بكلام واحد بأن قال وكّلهما ببيع عبدي أو بخلع امرأتي، وأما إذا وكلتهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف كما صرح به في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبيع والشراء: وإذا وكل رجلاً ببيع عبده ووكل آخر به أيضاً فأيهما باع جاز لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكله ببيعه وحده، بخلاف الوصيين إذا أوصى إلى كل واحد منهما في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في أصح القولين لأن وجوب الوصية بالموت، وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة، وهاهنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل، فإذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف انتهى. قال المصنف **(وهذا)** أي الحكم المذكور في مختصر القدوري وهو عدم جواز تصرف أحد الوكيلين بدون الآخر **(في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك)** أقول: فيه شيء، وهو أنه لو كان هذا الذي ذكره القدوري في مختصره مقيداً بتصرف يحتاج فيه إلى الرأي لما احتاج إلى استثناء أمور أربعة من الأمور الخمسة التي استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور، وهي ما سوى الخصومة لأنها مما لا يحتاج فيه إلى الرأي كما سيأتي التصريح به من المصنف، ومع ذلك لما تمم الجمع بين تلك الأمور الخمسة في الاستثناء بكلمة واحدة، لأن الاستثناء يصير حينئذ متصلاً بالنظر إلى التوكيل بالخصومة ومنقطعاً بالنظير إلى التوكيل بما سواها، وقد تقرر في كتب الأصول أن صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل مجاز في المنقطع، فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، فالأظهر أن كلام القدوري هاهنا مطلق، وبعد الاستثناء الآتي يخرج منه ما لا يحتاج فيه إلى الرأي، وما يحتاج فيه إلى الرأي ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلاً بالنظر إلى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام. فإن قلت: ليس مراد المصنف أن كلام القدوري هاهنا مقيد بما ذكره المصنف قبل دخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ما ذكر، بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتي عليه. قلت: حاصل المعنى هاهنا بملاحظة

فصل

وجه تأخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعاً ووضعاً **(وإذا وكل وكيلين، فإن كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف)** لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقباً وإن كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن تلزمهما الأحكام أو أحدهما صبي أو عبد محجور، إن كان التصرف مما يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك إذا قال وكلتكما ببيع كذ أو بخلع كذا لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله ليس للآخر أن يتصرف قوله: **(والبدل وإن كان**

فصل

قوله: **(يعني أن أحد الوكيلين الخ)** أقول: لعله بيان لخلاصة المعنى، وإلا يكون الاستثناء منقطعاً بالنسبة إلى الطلاق والعتق بغير عوض من غير ضرورة داعية إليه، إذ المستثنى منه وهو كلام القدوري مطلق عن الاحتياج إلى الرأي كما لا يخفى.

لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري. قال: **(إلا أن يوكلهما بالخصومة)** لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه سابقاً لتقويم الخصومة قال: **(أو بطلاق زوجته بغير عوض**

الاستثناء الآتي أن يكون التوكيل في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي ولا يتعذر الاجتماع عليه، وهذا أخص مما ذكره المصنف، فبيان المعنى هاهنا بما ذكره لا يطابق الحاصل من كلام القدوري لا قبل الاستثناء ولا بعده فلا يجدي كبير طائل كما لا يخفى. وقال المصنف في تعليل أصل المسألة **(لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما)** إذ لا يقال برأي أحدهما ما ينال برأيهما، حتى إن رجلاً لو وكل رجلين ببيع أو بشراء فباع أحدهما أو اشترى والآخر حاضر لم يجز إلا أن يجيز الآخر. وفي المنتقى: وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضر فأجاز بيعه جاز، وإن كان غائباً عنه فأجازه لم يجز في قول أبي حنيفة، كذا في الذخيرة. وذكر في المبسوط: لو وكل رجلين ببيع شيء وأحدهما عبد محجور أو صبي لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه لأنه ما رضي ببيعه وحده حين ضم إليه رأي الآخر، ولو كانا حرّين فباع أحدهما والآخر حاضر فأجاز كان جائزاً لأن تمام العقد برأيهما، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه وحده لأنه ما رضي برأيه وحده **(والبدل وإن كان مقدراً)** هذا جواب شبهة، وهي أنه إذا قدّر الموكل البدل في البيع ونحوه لا يحتاج إلى الرأي، فينبغي أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في ذلك كما في التوكيل بالإعتاق بغير عوض، فأجاب عنها بأن البدل وإن كان مقدراً **(ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري)** يعني أن تقدير البدل إنما يمنع النقصان لا الزيادة، وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما وهدايته دون الآخر فيحتاج إلى رأيهما من هذه الحيثية، وكذا يختار أحدهما المشتري الذي يماطل في الثمن دون الآخر فيحتاج إلى ذلك من هذه الحيثية أيضاً **(قال)** أي القدوري في مختصره **(إلا أن يوكلهما بالخصومة)** هذا استثناء من قوله فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر: يعني أنّ أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده إلا في الخصومة، فإنه لو خاصم أحدهما بدون الآخر جاز. وذكر في الفوائد الظهيرية: فإذا انفرد أحدهما بالخصومة هل يشترط حضور صاحبه في خصومته؟ بعض مشايخنا قالوا: يشترط، وعامة مشايخنا على أنه لا يشترط، وإطلاق محمد يدل على هذا. قال المصنف في تعليل ما في الكتاب **(لأن الاجتماع فيها)** أي في الخصومة **(متعذر للإفضاء إلى الشغب)** الشغب بالتسكين تهييج الشرّ، ولا يقال شغب بالتحريك، كذا في الصحاح **(في مجلس القضاء)** ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لأن المقصود فيه إظهار الحق وبالشغب لا يحصل، ولأن فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء، فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضياً بخصومة أحدهما **(والرأي يحتاج إليه سابقاً لتقويم الخصومة)** إشارة إلى دفع قول زفر، فإنه قال: ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأي والموكل إنما رضي برأيهما. وجه الدفع أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقاً عليها فيكتفي بذلك **(قال)** أي القدوري في مختصره **(أو بطلاق زوجته بغير عوض)** هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة أي أو أن يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض. فإن لأحدهما أن يطلقها بانفراده **(أو بعتق عبده بغير عوض)** أي أو أن يوكلهما بعتق عبده بغير عوض، فإن لأحدهما أن

مقدراً) جواب عما يقال إذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز أن يتصرف أحدهما. ووجه ذلك أن البدل وإن كان مقدراً لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة، فإذا اجتمع رأيهما احتمل أن يزيد الثمن ويختار أن من هو أحسن أداء للثمن. وقوله: **(إلا أن يوكلهما بالخصومة)** استثناء من قوله فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر: يعني أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه إلى الرأي إلا في الخصومة، فإن تكلمهما فيها ليس بشرط لأن اجتماعهما عليها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء. وقوله: **(والرأي يحتاج إليه سابقاً)** إشارة إلى دفع قول من قال ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه، لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأي والموكل رضي برأيهما، ووجه ذلك أن المقصود وهو

أو يعتق عبده بغير عوض أو بردّ وديعة عنده أو قضاء دين عليه) لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض، وعبارة المثنى والواحد سواء، وهذا بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما

يعتقه وحده **(أو يردّ وديعة عنده)** أي أو أن يوكلهما برد وديعة، فإن لأحدهما أن يردها منفرداً. قيد بردها، إذ لو وكلهما بقبض وديعة له لم يكن لواحد منها أن ينفرد بالقبض، صرح به في الذخيرة. فقال: قال محمد رحمه الله في الأصل: إذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامناً لأنه شرط اجتماعهما على القبض، واجتماعهما عليه ممكن وللموكل فيه فائدة، لأن حفظ اثنين أنفع. فإذا قبض أحدهما صار قابضاً بغير إذن المالك فيصير ضامناً. ثم قال: فإن قيل: ينبغي أن يصير ضامناً للنصف، لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف. قلنا: كل واحد منهما مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه، وأما في حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه انتهى. وذكر صاحب العناية مضمون ما في الذخيرة هاهنا. ولكن ما عزاه إلى الذخيرة. وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية: وفيه كلام، وهو أن هذا إنما يتم فيما يقسم عند أبي حنيفة على ما سيجيء في الوديعة انتهى. أقول: ليس كلامه بشيء، إذ منشؤه الغفول عن قيد الإذن، فإن الذي سيجيء في الوديعة هو أنه إن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لأحدهما أن يحفظه بإذن الآخر في الوجهين انتهى. ولا يخفى أن المفهوم منه أن لا يجوز حفظ أحدهما الكل بلا إذن صاحبه في الوجهين معاً بلا خلاف، وأن لا يجوز ذلك بإذن الآخر أيضاً فيما يقسم عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وما ذكر في الذخيرة وفي العناية إنما هو فيما إذا قبض أحدهما الكل بغير إذن صاحبه، فهو تامّ في الوجهين معاً بالاتفاق **(أو بقضاء دين عليه)** أي أو أن يوكلهما بقضاء دين على الموكل، فإنّ لأحدهما الانفراد فيه أيضاً **(لأن هذه الأشياء)** يعني الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض وردّ الوديعة وقضاء الدين **(لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو)** أي بل أداء الوكالة فيها **(تعبير محض)** أي تعبير محض لكلام الموكل **(وعبارة المثنى والواحد سواء)** لعدم الاختلاف في المعنى **(وهذا)** أي جواز انفراد أحدهما **(بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما، أو قال أمرها بأيديكما)** حيث لا يجوز انفراد أحدهما في هاتين الصورتين **(لأنه)** أي لأن ما قاله لهما فيهما **(تفويض إلى رأيهما)** فلا بد من اجتماعهما، ونوّر ذلك بقوله **(ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس)** كما مر في باب تفويض الطلاق. وإذا كان تمليكاً صار التطليق مملوكاً لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر. قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقة. وأجيب بأن

اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقاً عليها فيكتفي بذلك. وقوله: **(أو بطلاق زوجته بغير عوض)** وما بعده معطوف على المستثنى. فإذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق فهو جائز، وكذا بالعتق المفرد، وكذا إذا وكله برد الوديعة أو بقضاء دين عليه لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض، وعبارة المثنى والواحد فيه سواء؛ ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه ضمن لأنه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن، وللموكل فيه فائدة لأن حفظ اثنين أنفع، فإذا قبض أحدهما كان قابضاً بغير إذن المالك فيضمن الكل لأنه مأمور بقبض النصف إذا كان مع صاحبه. وأما منفرداً فغير مأمور بقبض شيء منه. قوله: **(وهذا)** أي جواز انفراد أحدهما، **(بخلاف**

قوله: **(وجه ذلك أن المقصود الخ)** أقول: ناظر إلى قوله إشارة إلى دفع قول من قال الخ قوله: **(ولو كانت بقبض الوديعة فقبض أحدهما الخ)** أقول: أي نصفه فيما يقسم أو الكل فيما لا يقسم. ثم أقول: هذا عام لما يقسم وما لا يقسم كما لا يخفى، بل هذا ظاهر فيما لا يقسم قوله: **(لأنه مأمور بقبض النصف الخ)** أقول: بين فيما يقسم إذ علم من أول الكلام حال ما لا يقسم أو بالأولوية، ولا يبعد أن يقال أحد الوكيلين فيما لا يقسم مأمور بقبض النصف أيضاً، وفي النصف الآخر نائب عن الوكيل الآخر فيعم الكلام قسمي الوديعة فافهم. ثم اعلم أن قوله لأنه مأمور بقبض النصف الخ جواب عن سؤال مقدر.

لأنه تفويض إلى رأيهما؛ ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس، ولأنه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما. قال: (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به) لأنه فوّض إليه التصرّف دون التوكيل به، وهذا لأنه رضي برأيه والناس

فيه إبطال حق الآخر، إذ بإيقاع النصف تقع تطليقة كاملة. فإن قيل: الإبطال هنا ضمني فلا يعتبر. وأجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما إلى الاجتماع. وقال بعض الفضلاء: قوله ألا يرى أنه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فإنه تمليك أيضاً كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة، ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكاً انتهى. أقول: جميع مقدمات دليله على النقض سقيم، أما قوله فإنه تمليك أيضاً فلأنه خلاف المقرر، لأن قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل لا تمليك، وقد صرح به المصنف في باب تفويض الطلاق حيث قال: وإن قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده، وله أن يرجع لأنه توكيل وأنه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس، بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكاً لا توكيلاً اهـ. وأما قوله كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة فلأنه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله، وأما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكاً فلأنه خلاف المصرح به. ألا يرى إلى قول المصنف في أول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق: ولأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس كما في البيع انتهى. وإلى قوله في أواسط فصل الأمر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى (ولأنه) أي الآمر (علق الطلاق بفعلهما) أي بفعل المأمورين (فاعتبره) صيغة أمر من الاعتبار (بدخولهما) أي فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين: أي بدخولهما الدار مثلاً. يعني يشترط ثمة لوقوع الطلاق دخولهما جميعاً، حتى لو قال: إن دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعاً، فكذلك هاهنا لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعاً. قال صاحب النهاية: قوله ولأنه علق الطلاق بفعلهما راجع إلى قوله طلقاها إن شئتما، وقوله لأنه تفويض إلى رأيهما راجع إليه. وإلى قوله أمرها بأيديكما وقد تبعه في جعل قوله، ولأنه علق الطلاق بفعلهما راجعاً إلى قوله طلقاها إن شئتما كثير من الشراح؛ فمنهم من صرح به كصاحب العناية حيث قال: قوله ولأنه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها إن شئتما، ومنهم من أظهره في أثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول المصنف فاعتبره بدخولهما، حتى لو قال: إن دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعاً، فكذا هنا في قوله طلقاها إن شئتما لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعاً. أقول: وأنا لا أرى بأساً في إبقاء كلام المصنف هاهنا على ظاهر حاله، وهو أن يكون كل واحد من تعليليه عاماً للصورتين معاً بناء على أن التعليق كما يوجد في صورة إن قال لهما طلقاها إن شئتما يوجد أيضاً في صورة إن قال لهما أمرها بأيديكما، وقد صرح المصنف في فصل الأمر باليد من باب تفويض الطلاق بأن جعل الأمر باليد فيه معنى التعليق. وقال الشراح في بيانه: وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق انتهى. ولذلك لم أخصص قوله ولأنه علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة إن قال لهما طلقاها إن شئتما، بل شرحته بوجه يعم الصورتين معاً كما رأيته (قال) أي القدوري في مختصره (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به،

ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما، أو قال أمرها بأيديكما، لأنه تفويض إلى رأيهما؛ ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) كما مر، وإذا كان تمليكاً صار التطليق مملوكاً لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر. قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقة. وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر. فإن قيل: الإبطال ضمني فلا يعتبر. أجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما على الاجتماع قوله: (ولأنه) متعلق بقوله طلقاها إن شئتما، فإن الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو

قوله: (ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس الخ) أقول: منقوض بقوله طلقاها فإنه تمليك أيضاً كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة ولا مدخل لاقتصار على المجلس في كونه تمليكاً.

متفاوتون في الآراء. قال: (**إلا أن يأذن له الموكل**) لوجود الرضا (**أو يقول له اعمل برأيك**) لإطلاق التفويض إلى

لأنه) أي الموكل (**فوّض إليه**) أي إلى الوكيل (**التصرّف**) أي التصرف الذي وكل به (**دون التوكيل به**) أي لم يفوض إليه التوكيل بذلك التصرف فلا يملكه (**وهذا**) أي عدم جواز توكيل الوكيل فيما وكل به (**لأنه**) أي لعلة أن الموكل (**رضي برأيه**) أي برأي الوكيل (**والناس متفاوتون في الآراء**) فلا يكون الرضا برأيه رضا برأي غيره فيكون الوكيل في توكيل الغير مباشراً غير ما أمر به الموكل ولا تجوز. قال صاحب العناية: وفيه تشكيك، وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين وإلا لما جاز التعليل به، فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى من الأول. وأيضاً الرضا برأي الوكيل وردّ توكيله تناقض؛ لأن الوكيل الثاني لو لم يكن أقوى رأياً أو قويه في رأي الأول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان. ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة في القوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الأمور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله أنه ظن أن لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف، فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى. أقول: الجواب الذي ذكره إنما يدفع الوجه الأول من التشكيك المذكور دون الوجه الثاني منه، لأن قبول توكيل الأول وإن كان مناقضاً لظن الموكل، إلا أن ردّ توكيله أيضاً مناقض لرضا الموكل برأي الوكيل كما ذكره في الوجه الثاني منه، فما الرجحان في إيثار هذا التناقض على ذاك التناقض؟ ثم أقول في الجواب عن الوجه الثاني منه: إن الموكل إنما رضي برأي الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع أو الشراء أو الإجارة أو نحو ذلك، والتوكيل ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في ردّ توكيله، وإنما يصير ذلك تناقضاً لو كان رضا الموكل برأي الوكيل في التوكيل أو برأيه مطلقاً، ولهذا إذا أذن له الموكل في التوكيل أو قال له اعمل برأيك يجوز توكيله كما سيأتي. واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء بأن الدليل خاص بما يحتاج إلى الرأي والمدعي عام لغيره أيضاً. أقول: أصل الدليل أنه رضي بفعله دون فعل غيره، وللناس متفاوتون في الأفعال فيعم ما يعمه المدعي، إلا أنه أخرج الكلام مخرج الغالب فقال: لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء (**قال**) أي القدوري في مختصره (**إلا أن يأذن له الموكل**) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به، فإنه إذا أذن له في ذلك يجوز أن يوكل غيره (**لوجود الرضا**) أي لوجود الرضا حينئذ برأي غيره أيضاً (**أو يقول له**) عطف على يأذن له الموكل: أي أو إلا أن يقول للوكيل (**اعمل برأيك**) فيجوز أيضاً أن يوكل غيره (**لإطلاق التفويض إلى رأيه**) أي إلى رأي الوكيل فيدخل

التطليق، فيكون معتبراً بالطلاق بدخولهما الدار، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق، فكذا هاهنا. فإن قيل: ففي قوله طلقاها أيضاً معلق بفعلهما، ويقع بإيقاع أحدهما. أجيب بالمنع، فإنه ليس فيه ما يدل على ذلك، بخلاف ما نحن فيه فإن فيه حرف الشرط وهو قوله إن شئتما. فإن قيل: فاجعله مثل قوله أمرها بأيديكما مفوضاً إلى رأيهما. أجيب بأنه ليس بمحتاج إلى الرأي بخلاف الأمر باليد. قال: (**وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به الخ**) وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف فيما وكل به، والتوكيل ليس بتصرف فيه، قوله: (**وهذا لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء**) وفيه تشكيك، وهو أن تفاوت الآراء مدرك بيقين وإلا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى رأياً من الأول. وأيضاً الرضا برأي الوكيل وردّ توكيله تناقض، لأن الوكيل الثاني لو لم يكن أقوى رأياً أو قويه في رأي الأول لما وكله، فرد توكيله مع

قوله: (**فإن قيل فاجعله**) أقول: الضمير في قوله فاجعله راجع إلى قوله طلقاها في قوله فإن قيل ففي قوله طلقاها الخ قال المصنف: (**لأن رضي برأيه**) أقول: الدليل خاص بما يحتاج إلى الرأي والمدعي عام لغيره أيضاً قوله: (**فجاز أن يكون الوكيل الثاني أقوى رأياً الخ**) أقول: فيكون الرضا بتوكيله ثابتاً بطريق الأولى قوله: (**وأيضاً الرضا برأي الوكيل الخ**) أقول: لا يذهب عليك أنه إنما رضي برأيه في التصرف فيما وكل به وليس التوكيل منه والناس يتفاوتون، وليس كل من هو أهدى بطريق المعاملات أعرف وأبصر بأحوال الرجال فليتأمل فإنه ينبغي أن يحمل كلام الشارح على هذا قوله: (**لو لم يكن أقوى رأياً أو قويه**) أقول: الضمير في قوله أو قويه راجع إلى قوله رأياً.

رأيه، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول، وقد مرّ نظيره في أدب القاضي. قال: (فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز) لأن

توكيله الغير تحت الإجازة. قال المصنف (وإذا جاز في هذا الوجه) أي إذا جاز توكيل الوكيل غيره في هذا الوجه الذي يجوز التوكيل فيه وذلك بأن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فوكل غيره (يكون الثاني) أي الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل (وكيلاً عن الموكل) لا عن الوكيل الأول (حتى لا يملك الأول) أي الوكيل الأول: (عزله) أي عزل الوكيل الثاني (ولا ينعزل) أي الوكيل الثاني (بموته) أي بموت الوكيل الأول (وينعزلان) أي الوكيل الأول والوكيل الثاني (بموت الأول) أي بموت الموكل الأول (وقد مر نظيره في أدب القاضي) وهو ما ذكره في فصل آخر قبل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوّض إليه ذلك، إلى أن قال: وإذا فوّض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله. أقول: والعجب من الشراح هاهنا سيما من فحولهم كصاحب العناية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية أنهم قالوا في بيان ما مر نظيره في أدب القاضي وهو ما ذكره هناك بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك، إلى أن قال: ولو قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى الثاني فأجازه الأول جازكما في الوكالة، فحققوا الكلام في قوله كما في الوكالة مع أن نظير ما ذكره المصنف هنا إنما هو ما تركوه، وهو قوله هناك بعد ذكر ما ذكروه: وإذا فوّض إليه يملكه يصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله، وكأنهم إنما اغتروا بما في قوله كما في الوكالة من التشبيه بالوكالة، لكن مراده بذلك إنما هو التشبيه بما سيأتي من أنه إن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لا يخفى. بقي هاهنا بحث، وهو أن قول المصنف حتى لا يملك الأول عزله ظاهر في صورة أن يأذن له الموكل في التوكيل لأن الإذن له في ذلك لا يقتضي الإذن له في العزل أيضاً، وأما في صورة أن يقول له اعمل برأيك فهو مشكل لأنهم صرحوا بأن قوله اعمل برأيك توكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل غيره، وأنه إثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك، فحينئذ ينبغي أن يملك الوكيل الأول عزل الوكيل الثاني أيضاً بعموم وكالته عن الموكل الأول، وبكونه كالمالك بإثبات صفة المالكية له، كما أن للقاضي أن يستخلف على القضاء وأن يعزل عنه إذا فوض إليه النصب والعزل من قبل الخليفة على ما عرف في محله. ويؤيد

الرضا برأيه مما لا يجتمعان. ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة للقوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الأمور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من حاله أنه ظن أن لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز قوله: (إلا أن يأذن) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل، فإنه إن أذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره أو أطلق التفويض إلى رأيه، وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول، وقد مر نظيره في أدب القاضي حيث قال: وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوّض إليه ذلك إلى آخر ما ذكر ثمة، فإن وكل الوكيل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لأن المقصود حضور الرأي وقد حصل. قيل أحد الوكيلين بالبيع إذا باع بغير إذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الإجازة صريحاً ذكره في الذخيرة، فما الفرق بينهما؟ وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال: محمد رحمه الله قال في الجامع الصغير: إذا باع

قوله: (أنه ظن لاثمة من يفوقه من هذا التصرف) أقول: الظاهر أن يقال في هذا التصرف قوله: (فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز) أقول: يعني قبول توكيله جبراً من الشرع قال المصنف: (حتى لا يملك الأول عزله) أقول: فيه أنه ينبغي أن يملك عزله فيما إذا قال الموكل اعمل برأيك قوله: (وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال: محمد قال في الجامع الصغير الخ) أقول: قوله محمد مقول القول ومبتدأ وقوله قاله في الجامع الخ خبره قوله: (وعاد الوكيل الثاني فضولياً وعقده محتاج إلى الإجازة البتة) أقول: الضمير في قوله وعقده راجع إلى قوله فضولياً.

المقصود حضور رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه. **(وإن عقد في حال غيبته لم يجز)** لأنه فات رأيه إلا أن

هذا ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: رجل وكل رجلاً بالخصومة وقال له ما صنعت من شيء فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله، ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الأول لا وكيل الوكيل، حتى لو مات الوكيل الأول أو عزل أو جنّ أو ارتدّ أو لحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني؛ ولو مات الموكل الأول أو جنّ أو ارتدّ أو لحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان، ولو عزل الوكيل الأول الوكيل الثاني جاز عزله لأن الموكل الأول رضي بصنيع الأول وعزل الأول الثاني من صنيع الأول، إلى هاهنا كلامه. ولا يخفى أن الموكل الأول فيما نحن فيه أيضاً رضي بعمل الوكيل الأول برأيه، وأن عزل الوكيل الأول الثاني من عمله برأيه فينبغي أن يجوز عزله إياه. والفرق بينهما مشكل دونه خرط القتاد **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن وكل)** أي الوكيل **(بغير إذن موكله فعقد وكيله)** أي وكيل الوكيل **(بحضرته)** أي بحضرة الوكيل الأول **(جاز)** أي جاز العقد **(لأن المقصود)** أي مقصود الموكل الأول **(حضور رأي الأول)** أي حضور رأي الوكيل الأول **(وقد حضر)** أي وقد حضر رأيه في الصورة المذكورة فحصل مقصوده فجاز العقد. قال صاحب النهاية: فإن قلت: ما الفرق بين هذا وبين أحد الوكيلين بالبيع إذا باع بغير إذن صاحبه فإنه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه، بل لا بد من الإجازة صريحاً كما ذكر في الذخيرة والمبسوط. قلت: ما ذكره في الجامع الصغير من أن عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الأول محمول على ما إذا أجاز الوكيل الأول عقد الوكيل الثاني لا مطلق الحضرة، هكذا ذكر في الذخيرة. وقال: ثم إن محمداً رحمه الله قال في الجامع الصغير: إذ باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول جاز ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول، وهكذا ذكر في وكالة الأصل في موضع، وذكر في موضع آخر من وكالة الأصل وشرط إجازته فقال: إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الأول جاز. وحكي عن الكرخي أنه كان يقول: ليس في المسألة روايتان، ولكن ما ذكر مطلقاً في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز، فكان يحمل المطلق على المقيد، وإلى هذا ذهب عامة المشايخ، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لأنه لم يؤذن له في ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة، ولو عدم التوكيل من الأول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فإنه لا يجوز عقد هذا الفضولي إلا بإجازته، لأن الإجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملاً، كذا هاهنا. ومتى أجاز فإنما يجوز لأن الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك إجازته بالطريق الأولى. ومنهم من يجعل في المسألتين روايتين. وجه رواية الجواز من غير إجازة الأول أن بيع

الوكيل الثاني بحضرة الأول جاز، ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول، وهكذا ذكره في وكالة الأصل في موضع، وذكر في موضع آخر منها وشرط إجازته قال إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل جاز. حكي عن الكرخي رحمه الله أنه كان يقول: ليس في المسألة روايتان، ولكن ما ذكر مطلقاً في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز، فكان يحمل المطلق على المقيد، وإلى هذا ذهب بعض عامة المشايخ رحمهم الله، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لعدم الإذن به صار كالعدم، وعاد الوكيل الثاني فضولياً وعقده محتاج إلى الإجازة البتة، ومنهم من جعل في المسألة روايتين، ووجه عدم الجواز بدونها ما ذكر. ووجه الجواز أن المقصود حضور الرأي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج إلى الإجازة، بخلاف الغيبة، وعلى هذا أحد وكيلي البيع، وفيه نظر. أما فيما نقل عن محمد رحمه

قوله: **(وهو أصل)** أقول: الظاهر أن يقال وهو حاصل قوله: **(وفيه نظر، أما فيما نقل عن محمد فإنه قال: والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل وليس ذلك نصاً الخ)** أقول: أنت خبير بأن قوله فأجاز الوكيل الأول عطف على قوله إذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقاً بكل منهما. نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره فتأمل. ثم أقول: لا يخفى عليك أن مآل ما ذكره تخطئة مشايخنا في مثل ذلك الأمر الذي لا يخفى على أصاغر الطلبة، والظاهر أن فهمهم هذا المعنى ليس من تلك العبارة فقط بل بانضمام قرائن في أثناء تقرير دليل المسألة أو غيره، بل الظاهر أن ما ذكره ليس عبارة محمد بعينها بل تصرفوا فيها وأوجزوها قوله: **(فلأنه**

يبلغه فيجيزه (وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه) لأنه حضر رأيه **(ولو قدر الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز)** لأن الرأي فيه يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل، وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدّر الثمن، لأنه لما

الثاني حال غيبة الأول إنما لا يصح لتعرّي العقد عن رأي الأول، ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد رأي الأول، وعلى هذا أحد وكيلي البيع والإجارة إذا أمر صاحبه بالبيع أو الإجارة فباع بحضرته، في رواية لا يجوز إلا بإجازته، وفي رواية يجوز من غير إجازته انتهى، واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع.
قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب: وفيه نظر، أما فيما نقل عن محمد فإنه قال: والوكيل الأول حاضر أو غائب، فأجاز الوكيل، وليس ذلك نصاً في اشتراط الإجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقاً بقوله أو غائب فقط، وأما في تعليلهم فلأنه معارض بأن المقصود وهو الرأي وقد حضر كما ذكره انتهى. وأجاب بعض الفضلاء عن نظره بما نقل عن محمد حيث قال: أنت خبير بأن قوله فأجاز الوكيل عطف على قوله إذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقاً بكل منهما. نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره انتهى.
أقول: وفيه نظر، لأنه يجوز أن تكون الفاء في قوله فأجاز الوكيل للسببية لا للعطف، كما في قولك: زيد فاضل فأكرمه، ونحو الذي يطير فيغضب زيد الذباب على ما ذكروا في موضعه؛ ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فأجاز الوكيل عطفاً على قوله إذا باع الوكيل الثاني الخ فلا نسلم كون قوله فأجاز الوكيل متعلقاً بكل من قيدى المعطوف عليه: أعني قوله والوكيل الأول حاضر أو غائب، إذ قد تقرر في محله أن العطف على مقيد بشيء إنما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشيء فيما إذا كان القيد مقدماً على المعطوف عليه، كما في قولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيداً، وقولنا إن جئتني أعطك وأكسك، وأما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء، وما نحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى، فلم يجب فيه أن يتقيد المعطوف بقيدى المعطوف عليه بل جاز أن يتعلق بواحد منهما فقط. ثم قال صاحب العناية: ولعل الصواب أن الإجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين، والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة، وأما أحد الوكيلين فليس كذلك، فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون غيظاً منه على استبداده بالتصرف من غير إذن من صاحبه انتهى. قال المصنف **(وتكلموا في حقوقه)** أي في حقوق عقد الثاني بحضرة الأول: يعني إذا باع بحضرة الأول حتى جاز فالعهدة على من تكون؟ لم يذكره محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ فيه. قال الإمام المحبوبي: منهم من قال العهدة على الأول لأن الموكل إنما رضي بلزوم العهدة على الأول دون الثاني، ومنهم من قال العهدة على الثاني إذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الأول، والثاني كالوكيل للموكل الأول، حتى لو مات الموكل الأول ينعزل الوكيل الثاني بموته، ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الأول، كذا في الملتقط. وقال في الذخيرة: ثم إذا باع أو اشترى بحضرة الأول حتى جاز فالعهدة على من؟ لم يذكر محمد رحمه

الله فإنه قال: والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل، وليس ذلك نصاً في اشتراط الإجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقاً بقوله أو غائب فقط، وأما في تعليلهم فلأنه معارض بأن المقصود هو الرأي، وقد حضر كما ذكره. وتوجيه كونه فضولياً في أحد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لأنه مأمور من الموكل في الجملة، بخلاف وكيل الوكيل، ولعل الصواب أن الإجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين. والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضاً لا محالة، وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا

معارض بأن المقصود الخ) أقول: وإذا تعارضا تساقطا وبقي كون الأصل في التوكيل الخصوص سالماً عن المعارضة فلا يجوز بلا إجازة فتأمل قوله: (وتوجيه كونه فضولياً، إلى قوله: بخلاف وكيل الوكيل) أقول: هو غير مأمور بالتصرف استقلالاً فيكون في تصرفه كذلك فضولياً؛ ألا ترى أن أحدهما إذا قبض نصف الوديعة ضمن كما سبق في الصحيفة السابقة.

فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه، **أما إذا لم يقدر الثمن وفوّض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن.** قال: **(وإذا زوج المكاتب أو العبد**

الله هذا الفصل في الجامع الصغير، وذكر البقالي في فتاواه أن الحقوق ترجع إلى الأول، وفي حيل الأصل والعيون أن الحقوق ترجع إلى الثاني انتهى. وقال في فتاوى قاضيخان: فإن وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الأول جاز، وحقوق العقد ترجع إلى الوكيل الأول عند البعض، وذكر في الأصل أن الحقوق ترجع إلى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى **(وإن عقد)** أي الوكيل الثاني **(في حال غيبته)** أي في حال غيبة الوكيل الأول **(لم يجز)** أي لم يجز العقد **(لأنه فات رأيه)** أي رأي الوكيل الأول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه **(إلا أن يبلغه)** أي إلا أن يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الأول **(فيجيزه)** أي فيجيز الوكيل الأول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رأيه **(وكذا لو باع غير الوكيل)** أي وكذا يجوز لو باع الأجنبي **(فبلغه)** أي فبلغ خبر البيع الوكيل **(فأجازه)** أي فأجاز البيع بعد بلوغ الخبر **(لأنه حضره رأيه)** أي بإجازته **(ولو قدّر الأول)** أي الوكيل الأول **(الثمن)** أي ثمن ما أمر ببيعه **(للثاني)** أي للوكيل الثاني الذي وكله بغير إذن موكله بأن قال له بعه بكذا **(فعقد بغيبته)** أي فعقد الثاني بذلك الثمن المقدّر بغيبة الأول **(يجوز)** أي العقد **(لأن الرأي يحتاج إليه فيه لتقدير الثمن ظاهراً)** إنما قال ظاهراً احترازاً عما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتي بيانه **(وقد حصل)** أي وقد حصل تقدير الثمن الذي هو المقصود بالرأي. واعلم أن هذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف، وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن إنما يمنع النقصان لا الزيادة، فلو باشر الأول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته. قال المصنف **(وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدّر الثمن)** فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار **(لأنه لما فوّض إليهما)** أي لأن الموكل لما فوّض الرأي إلى الوكيلين **(مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري)** الذي لا يماطل في تسليم الثمن **(على ما بيناه)** إشارة إلى قوله فيما مر والبدل وإن كان مقدراً، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري **(أما إذا لم يقدّر)** أي الموكل **(الثمن وفوّض إلى الأول)** أي وفوض الرأي إلى الوكيل الأول **(كان غرضه)** أي غرض الموكل **(رأيه)** أي رأي الوكيل الأول **(في معظم الأمر)** أي معظم أمر عقد البيع **(وهو التقدير في الثمن)** وذلك لأن المقصود من البياعات الاسترباح، والعادة جرت في الوكالة أن يوكل الأهدى في تحصيل الأرباح، وذلك إنما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول، فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة، كذا في الشروح. أقول: لقائل أن يقول: اختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمات أمورها أيضاً كما أشار إليه المصنف فيما مر بقوله والبدل وإن كان مقدراً، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري، فكيف يتم أن يقال هاهنا: فبعد ذلك

لجواز أن يكون سكوته غيظاً منه على استبداده بالتصرف من غير إذن من صاحبه. هذا ما سنح لي في هذا الموضع، والله أعلم بالصواب. قوله: **(وتكلموا في حقوقه)** يعني إذا باع بحضرة الأول حتى جاز فالعهدة على من تكون؟ لم يذكره محمد رحمه الله في الجامع الصغير، وتكلم المشايخ رحمهم الله في ذلك؛ فمنهم من قال على الأول لأن الموكل إنما رضي بلزوم العهدة عليه لا الثاني. ومنهم من قال على الثاني إذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الأول، والثاني كالوكيل للموكل الأول، حتى لو مات الموكل الأول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني **(وإن عقد الثاني في غيبة الأول لم يجز)** لفوات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه، كما لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه بحضور رأيه، ولو قدّر الوكيل الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لأن الرأي يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل التقدير، وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف

قوله: **(حتى لو مات الموكل الأول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني)** أقول: فيه نظر، إذ يقال ثبت العرش ثم انقشه ٧.

أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرّة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز) معناه التصرف في مالها لأن الرق والكفر يقطعان الولاية؛ ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه، ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى

لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرّة مسلمة أو باع)**أي أو باع واحد منهم **(أو اشترى لها)** أي الصغيرة الموصوفة المذكورة **(لم يجز)** أي لم يجز شيء من تصرفاتهم المذكورة. قال المصنف **(معناه)** أي معنى قول محمد: أو باع أو اشترى لها **(التصرف في مالها)** أي في مال الصغيرة المذكورة بالبيع أو الشراء، وإنما احتاج إلى هذا التأويل لأن قوله أو اشترى لها يحتمل معنيين: أحدهما أن يشتري لها شيئاً من مال نفسه، والآخر أن يشتري لها بمالها. ولما كان الأول جائزاً لا محالة كان المراد هاهنا هو الثاني. وقال في تعليل المسألة **(لأن الرقّ والكفر يقطعان الولاية)** يعني أن التصرفات المذكورة من باب الولاية، والرقّ في العبد والمكاتب والكفر في الذمي يقطعان الولاية **(ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره)** يعني إذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الأولى، لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة **(وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم)** لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١] **(حتى لا تقبل شهادته)** أي شهادة الكافر **(عليه)** أي على المسلم **(ولأن هذه)** أي هذه الولاية **(ولاية نظرية)** أي ولاية ثابتة نظراً للضعفاء والصغار لعجزهم **(فلا بد من التفويض)** أي تفويض هذه الولاية **(إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر)** بالقدرة والشفعة **(والرقّ يزيل القدرة)** قال الله تعالى: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾ [النحل: ٧٥] **(والكفر يقطع الشفقة على المسلم)** كما لا يخفى **(فلا تفوّض إليهما)** أي فلا تفوض هذه الولاية النظرية إلى العبد والكافر. قال الشارح العيني: وفي بعض النسخ: إلى العاقد المشفق مكان القادر المشفق، وجعل الشارح الكاكي هذه النسخة أصلاً. وقال: وفي بعض النسخ إلى القادر مكان العاقد. أقول: وأنا لم أر نسخة إلى العاقد قط ولم أجد لها وجهاً هاهنا، إذ لا يوجد حينئذ لقول المصنف والرق يزيل القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: **(والمرتدّ إذا قتل على ردّته والحربي كذلك)** أي لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله. قال الشراح: إنما خص قولهما بالذكر مع أن هذا حكم مجمع عليه لأن الشبهة إنما ترد على قولهما لأن تصرفات المرتدّ بالبيع والشراء ونحوهما نافذة، وإن قتل على الردة عندهما بناء على الملك وقد تركا أصلهما في تصرفاته على ولده ومال ولده فإنها موقوفة

رحمه الله، وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن الأول لو باشر ربما باع بالزيادة على القدير المعين لذكائه وهدايته، وإنما قال ظاهراً احترازاً عما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار، لأنه لما فوّض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة، واختيار المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري. وأما إذا لم يقدر الثمن وفوّض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن، وذلك لأن المقصود من البياعات الاسترباح، والعادة جرت في الوكالات أن يوكل الأهدى في تحصيل الأرباح، وذلك إنما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول، فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة. قال: **(وإذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته)** إذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرّة أو باع أو اشترى لها. يعني تصرف في مالها بالبيع أو الشراء لم يجز ذلك، وإنما احتاج إلى التأويل لأن قوله أو اشترى لها يحتمل أن يكون معناه اشترى لها من مال نفسه، وذلك جائز لا محالة لأن التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية

قوله: **(فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه الخ)** أقول: اختيار المشتري أيضاً من معظمات أمور التجار فلا نسلم أنه بعد تقدير الوكيل الأول الثمن تكون النيابة في مجرد العبارة.

النظر، والرقّ يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوّض إليهما. قال أبو يوسف ومحمد: **(والمرتدّ إذا قتل على ردته والحربي كذلك)** لأن الحربي أبعد من الذمي فأولى بسلب الولاية، وأما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذاً عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة، ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلماً فيصح.

بالإجماع. أقول: قد أدرج في قولهما الحربي أيضاً، والعذر الذي ذكروه لا يجري فيه قطعاً فلا يتم **(لأن الحربي)** وإن كان مستأمناً **(أبعد من الذمي)** لأن الذمي صار منا داراً وإن لم يصر منا ديناً، وقد تحقق منه ما هو خلف عن الإسلام وهو الجزية، بخلاف الحربي فإنه لم يتحقق في حقه شيء من الأصل والخلف **(فأولى بسلب الولاية)** أي فالحربي أولى بسلب الولاية: يعني إذا سلبت ولاية الذمي كما عرفت فالحربي أولى بسلبها **(وأما المرتدّ فتصرفه في ماله وإن كان نافذاً عندهما)** أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(لكنه)** أي لكن تصرفه **(موقوف)** أي موقوف على إسلامه؛ إن أسلم صح، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل **(على ولده ومال ولده)** متعلق بما يرجع إليه ضمير لكنه وهو التصرف بمعنى الولاية: يعني لكن تصرفه: أي ولايته على ولده ومال ولده موقوف على إسلامه **(بالإجماع)** متعلق بقوله موقوف. أقول: لا يخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرتد أن في كلام المصنف هاهنا تعقيداً قبيحاً واحتياجاً إلى بيان معناه بالوجه الذي شرحناه به. وأنا أتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له أصلاً مع تقيدهم بكثير من الأمور الجزئية البينة في مواضع شتى. فحق العبار هاهنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وأما المرتدّ فإن ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالإجماع **(لأنها)** أي لأن ولاية الأب على ولده ومال ولده **(ولاية نظرية وذلك)** أي الولاية النظرية بتأويل المذكور، أو بأن استعمال ذلك مشترك **(باتفاق الملة)** أي بسبب اتفاق الملة بين الأب والولد **(وهي)** أي الملة **(مترددة)** في حق المرتد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوّ الوجود لأن المرتدّ مجبور عليها فيجب التوقف **(ثم تستقرّ جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل)** أي تصرفه **(وبالإسلام)** أي بالعود إلى الإسلام **(يجعل)** أي المرتدّ **(كأنه لم يزل مسلماً فيصح)** أي تصرفه. أقول: بقي في هذا المقام شيء، وهو أن ما ذكره من قوله وإذا زوّج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته إلى هاهنا ليس من مسائل الوكالة قط، وقد وجد ذكره مرة في باب الأولياء والأكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه: ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون، لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم، ولأن هذه ولاية نظرية، ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء، ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١] ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى. فذكره مرة أخرى سيما في كتاب الوكالة بعيد المناسبة.

مع الكفر والرقّ. أما الرقّ فلأن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره، وهو محجور عن التصرف المالي إلا بتوكيل من غيره وليس بموجود. وأما الكافر فلا ولاية له على المسلم الحر لقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ ولهذا لا تقبل شهادته عليه، ولأنها ولاية نظرية وهي تحتاج إلى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر، والرقّ يزيل القدرة. والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوّض إليهما. قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: والمرتدّ إذا مات على ردته والحربي كذلك لأن الحربي أبعد من الذمي وإن كان مستأمناً، لأن الذمي صار منا داراً وإن لم يصر منا ديناً، وقد تحقق منه ما هو خلف عن الإسلام دون الحربي، فإذا سلبت ولاية الذمي فالحربي أولى. وأما المرتدّ فتصرفه في ماله وإن كان نافذاً عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع إن أسلم جاز، وإلا فلا لأنها ولاية نظرية، وذلك أي الولاية النظرية بتأويل المذكور، أو بأن استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة، والملة مترددة لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوّة الوجود لأنه مجبور عليه فيجب التوقف، فإن قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده، وإن أسلم جعل كأنه لم يزل مسلماً فصحت. ولما كان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تركا أصلهما في نفوذ تصرفات المرتدّ خص قولهما بالذكر بقوله قال أبو يوسف ومحمد وإن كانت المسألة بالاتفاق.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال: (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) عندنا خلافاً لزفر. هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة

باب الوكالة بالخصومة والقبض

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته، وذلك في الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن، أو لأنها مهجورة شرعاً فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور، كذا في العناية. وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح أيضاً. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث، لأنا لا نسلم ذلك، كيف وقد وقعت من رسول الله ﷺ والصحابة رضي الله تعالى عنهم[1]، وانظر إلى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها ا هـ. أقول: هذا ساقط جداً لأن المراد أن الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعاً لقوله تعالى: ﴿ولا تنازعوا فتفشلوا﴾ [الأنفال: ٤٦] وإنما شرعت ووقعت من الأشراف باعتبار كونها مجازاً عن جواب الخصم بنعم أو لا كما سيأتي بحثه عن قريب مفصلاً ومشروحاً، وقد وقع التصريح به هاهنا أيضاً في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا: لما كانت الخصومة مهجورة شرعاً لقوله تعالى: ﴿ولا تنازعوا فتفشلوا﴾ [الأنفال: ٤٦] حتى تركت حقيقتها إلى مطلق الجواب مجازاً أخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعاً بل هو مقرر على حقيقته **(قال)** أي القدوري في مختصره **(الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض)** أطلق كلامه في رواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعاً، فإن الإمام المحبوبي قد ذكر أن الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعاً وكيل بالقبض **(عندنا)** أي عند علمائنا الثلاثة، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(خلافاً لزفر)** فإنه يقول: الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلاً بالقبض، وبه قال الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد، وعن الشافعي في وجه أنه يملك القبض كما قلنا **(هو)** أي زفر **(يقول)** إنه **(رضي)** أي الموكل **(بخصومته)** أي بخصومة الوكيل **(والقبض غير الخصومة)** لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحقوق والقبض فعل حسي **(ولم يرض به)** أي ولم يرض الموكل بالقبض إذ يختار للخصومة في العادة ألخ الناس وللقبض آمن الناس، فمن يصلح للخصومة ملك من لا يرضى بأمانته عادة **(ولنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض)** يعني أن الوكيل بالشيء مأمور بإتمام ذلك الشيء، وإتمام الخصومة يكون بالقبض لأن الخصومة باقية ما لم يقبض، وذلك لأنه ما لم يقبضه يتوهم عليه الإنكار بعد ذلك والمطل، ويحتاج إلى المرافعة بإثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته

باب الوكالة بالخصومة والقبض

أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء، لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته، وذلك في الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن، أو لأنها مهجورة شرعاً فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور. قال: **(الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض)** الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض: أي بقبض الدين والعين **(خلافاً لزفر رحمه الله. وهو يقول رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة)** لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحق والقبض فعل حسي **(ولنا أن الوكيل ما دام**

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قوله: **(لأن الخصومة تقع)** أقول: أي قد تقع **(أو لأنها مهجورة شرعاً)** أقول: قوله أو لأنها مهجورة معطوف على قوله لأن الخصومة الخ فيه بحث لأنا لا نسلم ذلك، كيف وقد وقعت من رسول الله ﷺ والصحابة، وانظر إلى تفسيره الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها قوله: **(لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحق والقبض فعل حسي)** أقول: فيه نظر قوله: **(ولنا أن الوكيل ما دام وكيلاً يجب عليه القيام الخ)** أقول: مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه.

---

(١) تقدم في أوائل باب السلم، وأنه منتزع من حديثين.

ولم يرضى به. ولنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه وإتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض، والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال، ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعاً، إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن

ضمناً كذا قرره صاحب النهاية وعزاه إلى المبسوط والأسرار. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية، وقال صاحب العناية في تقريره: ولنا أن الوكيل ما دام وكيلاً يجب عليه القيام بما أمر به، وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم إلا بالقبض لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعذر الإثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والإفلاس، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ا هـ. وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قوله: ولنا أن الوكيل ما دام وكيلاً يجب عليه القيام بما أمر به مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه. أقول: ليس هذا بشيء، فإن منشأه الغفلة عن فائدة قوله ما دام وكيلاً في قوله إن الوكيل ما دام وكيلاً يجب عليه القيام بما أمر به، إذ لا شك أن الوكيل ما دام ثابتاً على وكالته يجب عليه أداء ما أمر به وإلا يلزم تغرير الآمر وهو ممنوع شرعاً، ومعنى ما ذكره في أوائل كتاب الوكالة أن الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز أن يباشر الوكيل ما فوّض إليه وأن لا يباشره بشرط عزل الموكل إياه أو عزل الوكيل نفسه وإعلامه الموكل، ثم ردّ عليه أيضاً ذلك البعض في قوله والخصومة لا تتم إلا بالقبض بأنه إن أريد قبض الوكيل فغير مسلم، وإن أريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم، ولكن لا يترتب عليه مطلوبه. أقول: المراد بذلك قبض الوكيل أو الموكل، ويترتب عليه مطلوبه قطعاً بمقتضى مقدمته القائلة: وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، لأنه لما فوض الموكل الخصومة إلى الوكيل والتزم الوكيل إقامتها دخل في ضمن ذلك ما لا تتم الخصومة إلا به وهو القبض فملكه الوكيل قطعاً ووجب عليه القيام به ما دام على وكالته **(والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال)** ومشايخ بلخ أفتوا بقول زفر لأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصاً ولا دلالة. أما نصاً فظاهر، وأما دلالة فلأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي ولا يرضى بأمانته وقبضه، وبه أفتى الصدر الشهيد أيضاً، كذا ذكره الإمام المحبوبي في جامعه، وذكر في الشروح أيضاً إلا أن صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك: وفيه نظر، فإن الدلالة قد وقعت بما ذكرنا أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. قال المصنف: **(ونظيره)** أي نظير الوكيل بالخصومة **(الوكيل بالتقاضي)** فإنه **(يملك القبض على أصل الرواية)** وهو رواية الأصل **(لأنه في معناه وضعا)** أي لأن التقاضي في معنى القبض من حيث الوضع، وعن هذا قال في الأساس تقاضيته ديني وبديني، واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي: أي أخذته. وقال في القاموس: وتقاضاه الدين قبضه منه. ثم إن صاحب غاية البيان بعد أن فسر قول المصنف لأنه في معناه وضعا بقوله: أي لأن التقاضي في معنى القبض قال فيه نظر، لأنه قال في

وكيلاً يجب عليه القيام بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم إلا بالقبض) لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعذر الإثبات بعارض من موت القاضي أو غيره والمطل والإفلاس، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب **(ومشايخ بلخ رحمهم الله أفتوا بقول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء)** ولأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصاً ولا دلالة. أما نصاً فظاهر، وأما دلالة فلأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي ولا يرضى بأمانته وقبضه، وبه أفتى الصدر الشهيد رحمه الله، وفيه نظر، فإن

قوله: **(والخصومة لا تتم إلا بالقبض)** أقول: إن أريد بالقبض قبض الوكيل فغير مسلم، وإن أريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه قوله: **(لتوهم الإنكار بعد ذلك الخ)** أقول: قد سبق من الشارح في فصل القضاء بالمواريث أن أمثال ذلك نادر، والنادر لا حكم له فراجعه قال المصنف: **(لأنه في معناه وضعاً)** أقول: ولأن الوكيل بالتقاضي مأمور بقطع مماطلة المطلوب، وإنما يحصل هذا القطع بالقبض كذا في المحيط، وهذا التعليل أنسب بأصل الإمامين إذ المجاز المشهور أولى عندهما فتأمل قوله: **(وفيه نظر لأن الحقيقة مستعملة الخ)** أقول: وفي نظره نظر لظهور تطرق المنع على قوله لأن الحقيقة مستعملة، كيف والزيلعي وصاحب المحيط

لا يملك. قال: **(فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معاً)** لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما. واجتماعهما

المغرب: تقاضيته ديني وتقاضيته بديني واستقضيته طلبت قضاءه، واقتضيت منه حقي أخذته. وقال الشارح العيني بعد نقل النظر المذكور عنه: قلت لم أدر وجه النظر فيه لأنه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض. أقول: بل لا وجه لما قال، لأن وجه النظر هو أن المفهوم مما في المغرب كون التقاضي في اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنف، ولا يدفعه قوله لأنه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض، إذ لا شك أن معنى قوله إنه في معناه وضعاً أنهما متحدان معنى من حيث الوضع في أصل اللغة، ولو كان معنى التقاضي في اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن في معنى القبض قطعاً. ثم أقول في الجواب عن النظر المذكور: لعل صاحب المغرب فسر التقاضي بطلب القضاء الذي هوالمعنى العرفي للفظ التقاضي لكونه غالباً على معناه الوضعي الأصلي كما ستعرفه، فحينئذ لا يكون مخالفاً لما ذكره المصنف، وما صرح به عامة ثقات أرباب اللغة في كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضي هو الأخذ والقبض بناء على أصل الوضع، ويرشد إليه أنه فرق بين الاقتضاء والتقاضي، ففسر الاقتضاء بالأخذ على أصله لعدم جريان العرف المذكور فيه، وإلا فلا فرق بينهما في أصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر آنفاً عن الأساس وصرح به الجوهري في صحاحه حيث قال: واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر **(إلا أن العرف بخلافه)** أي بخلاف الوضع لأن الناس لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبة **(وهو)** أي العرف **(قاض على الوضع)** أي راجح عليه لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز، فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع أفهام الناس إليه **(والفتوى على أن لا يملك)** يعني فتوى المشايخ اليوم على أن لا يملك الوكيل بالتقاضي القبض بناء على العرف. قال صاحب العناية: وفيه نظر، لأن الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة. والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية ولا كلام فيه، وإنما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض اهـ كلامه. أقول: لا النظر شيء ولا الجواب. أما الأول فلأن الحقيقة في لفظ التقاضي غير مستعملة بل هي مهجورة كما صرح به ثقات المشايخ كالإمام فخر الإسلام البزدوي وصاحب المحيط وغيرهما. قال في المحيط البرهاني: الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة، هكذا ذكر محمد في الأصل. ثم قال: وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوي في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض، كذا جرت العادة في ديارنا، وجعل التقاضي مستعملاً في المطالبة مجازاً لأنه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة إلى هنا كلامه. وأما الثاني فلأن كون الحقيقة المستعملة

الدلالة قد وقعت بما ذكرنا أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب **(ونظير هذا الوكيل بالتقاضي فإنه يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعا)** يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي: أي أخذته **(إلا أن العرف بخلافه)** لأن الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض **(والعرف قاض على الوضع)** وفيه نظر لأن الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة رحمه الله. والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية، ولا كلام فيه وإنما الكلام في أن

وغيرهما مصرحون بأنها مهجورة. ونص عبارة الزيلعي: ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة، وهي في أصل اللغة القبض لأنه تفاعل من قضى، يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني: أي أخذت، والعرف أملك فكان أولى إذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازاً قوله: **(والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية الخ)** أقول: النظر على قوله والعرف قاض على الوضع وليس في الجواب ما يدفعه. والجواب أن مراده أنه قاض على الوضع بحسب الفتوى قوله: **(لأنه وكيل بالقبض الخ)** أقول: لا يذهب عليك أن ما ذكره في صورة التعليلين المستقلين ينبغي أن يجعل تعليلاً واحداً لإثبات المطلوب. الأول لانتفاء الوكالة بالخصومة عبارة. والثاني لانتفائها دلالة واقتضاء قوله: **(إذ قبض نفس الدين غير متصور الخ)** أقول: قال في البدائع في تعليله: لأن الدين إما أن يكون عبارة عن الفعل وهو

ممكن بخلاف الخصومة على ما مر. قال: **(والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً: بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله)** حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده، وقالا: لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عن

أولى من المجاز المتعارف أصل مقرر عند أبي حنيفة لم يرجع عنه قط، فلو كانت الحقيقة في لفظ التقاضي مستعملة لم يصح قول المصنف، وهو قاض على الوضع على أصل أبي حنيفة قطعاً، ولم يكن للمشايخ الفتوى على العرف في مسألتنا هذه، إذ يلزم حينئذ ترك أصل إمامهم المجتهد، وليست وظيفتهم إلا الجريان على أصله الكلي، وإن جاز لهم بعض من التصرفات في الفروع الجزئية. لا يقال: يجوز أن يكون مدار قول المصنف ومدار فتواهم على أصل أبي يوسف ومحمد، فإن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المستعملة عندهما. لأنا نقول: الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب أن لا يقع خلاف في هذه المسألة بين أئمتنا الثلاثة؛ ألا يرى إلى قول محمد في الأصل: الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة، ولو كان لأصله المذكور تأثير في هذه المسألة لما وقع الإتفاق بينهم فيها، على أن صاحب التلويح قال: وفي كلام فخر الإسلام وغيره ما يدل على أن المجاز المتعارف إنما يترجح عندهما إذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسألة أكل الحنطة ا هـ. ولا يخفى أن الأمر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تمشية لأصلهما المذكور هاهنا رأساً، فلا مجال لأن يجعل مدار الصحة قول المصنف وفتوى المشايخ. فالتحقيق في هذا المقام أن التوكيل بالتقاضي كان مستعملاً على حقيقته في الأوائل، ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الأيام، فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في أصل الرواية. وأما اليوم فلما ظهرت الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على أن جعلوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملاً في المطالبة مجازاً وصارت الحقيقة مهجورة أفتى مشايخنا المتأخرون بأن الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الأصل المقرّر المتفق عليه عند المجتهدين من أن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار أصلاً **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(فإن كانا)** أي الرجلان **(وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معاً)** أي لا يقبضان حق الموكل إلا مجتمعين **(لأنه)** أي الموكل **(رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما)** وحده **(واجتماعهما ممكن)** أي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعاً فإنهما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور **(بخلاف الخصومة)** فإن اجتماعهما عليها غير ممكن شرعاً **(على ما مرّ)** أشار به إلى قوله لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة)** قيد

الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء. قالوا على العرف فلا يملك القبض **(وإن وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معاً لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما على القبض ممكن، بخلاف الخصومة)** فإن اجتماعهما عليها غير ممكن **(لما مر)** أنه يفضي إلى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته. قال: **(والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة الخ)** الوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله، فإذا اقتضى القبض وأقام الخصم بينته على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده، وقالا: لا يكون خصماً فلا تقبل بينة الخصم، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما لأنه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلاً بها، ولأن الوكيل بالقبض مؤتمن على المال، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي إلى الخصومات فلم يكن الرضا به رضا بها. ولأبي حنيفة أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض نفس الدين غير متصوّر لكونه وصفاً ثابتاً في ذمة من عليه، لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون، فإنه إذا كان توكيلاً بالتملك

تسليم المال، وإما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة، وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه قوله: **(والتوكيل بقبض الديون)** أقول: عطف على قضاء ديون قوله: **(والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد والأصيل فيها خصم فيها)** أقول: يعني والأصيل في حقوق العقد خصم في الحقوق. ثم اعلم أن قوله والوكيل بالتملك كبرى، وقوله والأصيل فيها خصم صغرى للقياس الثاني.

أبي حنيفة لأن القبض غير الخصومة، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضي بأمثالها، إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء العين حقه من وجه، فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة

بقبض الدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالإجماع على ما سيجيء، والكلام فيه يرجع إلى أصله. وهو أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلاً بالخصومة، لأن التوكيل بالخصومة وقع بالقبض لا غير، وإذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلاً بالخصومة لأن التملك إنشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد، كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الأصل في دليل المسألة. ونقل في الفتاوى الصغرى عن مفقود شيخ الإسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة إجماعاً إن كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلاً بقبض ديون الغائب، كذا في غاية البيان. ثم إن المصنف أراد أن يبين ثمرة قول أبي حنيفة في هذه المسألة فقال **(حتى لو أقيمت عليه)** أي على الوكيل بقبض الدين **(البينة على استيفاء الموكل)** أي على استيفاء الدين من المديون **(أو إبرائه)** أي أو على إبراء الموكل المديون عن الدين **(تقبل عنده)** أي تقبل البينة عند أبي حنيفة. وفي الذخيرة: إذا جحد الغريم الدين وأراد الوكيل بالقبض أن يقيم البينة على الدين هل تقبل بينته؟ على قول أبي حنيفة تقبل، وعلى قولهما لا تقبل **(وقالا: لا يكون خصماً)** أي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يكون الوكيل بقبض الدين خصماً **(وهو)** أي قولهما **(رواية الحسن عن أبي حنيفة)** وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد في ظاهر الرواية **(لأن القبض غير الخصومة)** فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلاً بالخصومة **(وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها)** أي بالخصومة **(ولأبي حنيفة أنه)** أي الموكل **(وكله بالتملك)** أي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قصاصاً **(لأن الديون تقضى بأمثالها)** لا بأعيانها **(إذ قبض الدين نفسه)** أي قبض نفس الدين **(لا يتصوّر)** لأنه وصف ثابت في ذمة من عليه **(إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه)** استثناء من قوله لأن الديون تقضى بأمثالها: يعني أن الديون وإن كانت تقضى بأمثالها لا بأعيانها لما ذكرنا آنفاً، إلا أن قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الأداء، ولو كان تملكاً محضاً لما أجبر عليه، وكذا إذا ظفر الدائن بجنس حقه حلّ له الأخذ. هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح في هذا المقام. وأما صاحب العناية فقال في شرحه: لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها، والتوكيل بقبض الدين، فإنه إذا كان توكيلاً بالتملك كان توكيلاً بالاستقراض، إذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان، والتوكيل بالاستقراض باطل ا هـ. أقول: فيه بحث، إذ لمانع أن يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير أن لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير بجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى، والرسالة بالاستقراض جائزة، وقد أفصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال: وفي المسألة نوع إشكال، لأن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض

كان توكيلاً بالاستقراض إذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله لم يتقاصان، والتوكيل بالاستقراض باطل، والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد، والأصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل بأخذ بالشفعة إذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فإنها تقبل والشفعة تبطل، والوكيل بالرجوع في الهبة إذا أقام الموهوب له البينة على أخذ الواهب العوض فإنها تقبل والرجوع يبطل، والوكيل بالشراء فإنه خصم يطلب حقوق العقد، وبالقسمة بأن وكل أحد الشريكين وكيلاً بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فإنها تقبل، وبالرد بالعيب على البائع فإنه إذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضي بالعيب تقبل. قالوا في شروح الجامع الصغير: وهذه أي مسألة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، لأن الوكيل في هذه يكون خصماً قبل القبض كما يكون هاهنا كذلك. وأما الوكيل بالشراء فإنه لا يكون

والرد بالعيب، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصماً قبل القبض كما يكون خصماً قبل الأخذ هنالك. والوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء، وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقاً وهو أصيل فيها فيكون خصماً فيها.

معنى، لأن الديون تقضى بأمثالها، فما قبضه ربّ الدين من المديون يصير مضموناً عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصاً. وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح. والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى، وليس بتوكيل بالاستقراض لأنه لا بد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول: إن فلاناً وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بدّ للرسول في الاستقراض من الإضافة المرسل بأن يقول: أرسلني فلان إليك يقول لك أقرضني كذا، بخلاف الوكيل بالاستقراض فإنه يضيف إلى نفسه فيقول أقرضني فصح ما ادعيناه أنه رسالة معنى، والرسالة بالاستقراض جائزة، إلى هنا كلامه. ثم اعلم أن الإمام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الإشكال والجواب المزبورين وقال: هكذا ذكره في النهاية وعزاه إلى الذخيرة، ثم قال: وهذا سؤال حسن، والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة، فإنه لو كان رسولاً لما كان له أن يخاصم ا هـ. **أقول**: ليس ذاك بسديد، إذ ليس المراد أن الوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصماً، بل المراد أنه رسول بالاستقراض بالنظر إلى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر إلى المقاصة الحاصلة بعد ذلك، وكونه خصماً حكم مترتب على الثاني دون الأول فلا غبار على الجواب **(فأشبه)** أي الوكيل بقبض الدين **(الوكيل بأخذ الشفعة)** يعني أنه أشبه ذلك في كونه خصماً، فإنه إذا أقام المشتري البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل **(والرجوع في الهبة)** بالجر عطف على أخذ الشفعة: أي فأشبه أيضاً الوكيل بالرجوع في الهبة، فإنه إذا أقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على أن الموكل الواهب أخذ العوض تقبل **(والوكيل بالشراء)** بالنصب عطف على الوكيل بأخذ الشفعة: أي فأشبه أيضاً الوكيل بالشراء فإنه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يرى لفصله عما قبله بإعادة لفظ الوكيل كثير فائدة **(والقسمة)** بالجر عطف على الشراء: أي فأشبه أيضاً الوكيل بالقسمة. فإن أحد الشريكين إذا وكل رجلاً بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فإنها تقبل **(والردّ بالعيب)** بالجر عطف على الشراء أيضاً: أي فأشبه أيضاً الوكيل بالردّ بالعيب على البائع، فإن البائع إذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضي بالعيب تقبل **(وهذه)** أي مسألة الكتاب وهي مسألة الوكيل بقبض الدين، وفي بعض النسخ وهذا: أي الوكيل بقبض الدين **(أشبه بأخذ الشفعة)** أي أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، كذا صرحوا به في شروح الجامع الصغير. واعلم أن شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام المصنف هذا وتبيين المراد بالمفضل عليه هاهنا فقال صاحب النهاية: أي الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء، وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان أيضاً، لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين، فقال صاحب العناية: قالوا في شروح الجامع الصغير: وهذه أي مسألة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء. وقال صاحب الغاية: قالوا في شروح الجامع الصغير: إن الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء. وقال تاج الشريعة: أي مسألة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسألة الوكيل بأخذ

خصماً قبل مباشرة الشراء قوله: **(وهذا)** إشارة إلى ما أشرنا إليه مما يتم به دليل أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو أن الوكيل بالتملك أصيل في الحقوق. قال: **(والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة الخ)** الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالاتفاق لأنه أمين محض، حيث لا مبادلة هناك لكونه وكيلاً بقبض عين حق الموكل من كل وجه فأشبه الرسول، فإذا وكل بقبض عبد له فأقام من بيده العبد بينة أن الموكل باعه إياه دفع العبد إلى الوكيل، ولم يلتفت إلى بينة ذي اليد في القياس لأنها قامت لا على خصم. وفي الاستحسان: وقف الأمر حتى يحضر الأمر لأنه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده فتقصر حتى لو حضر الغائب تعاد البينة وصار كما إذا أقامها على أنه عزله عن ذلك تقبل في قصر يده فكذا هذا،

قال: **(والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة)** بالاتفاق لأنه أمين محض، والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول **(حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عبد له فأقام الذي هو في يده البينة أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب)** وهذا استحسان، والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر. وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على

الشفعة من المسائل الثلاث الأخر، وعلل ذلك بأن في هذه المسائل ما لم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسألة الشفعة وقبض الدين، وإليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني أيضاً، ولكن لم يعينوا تلك الثلاث الأخر من بين المسائل الأربع الباقية بعد مسألة الوكيل بأخذ الشفعة. ثم إن المصنف بيّن وجه الأشبهية بقوله **(حتى يكون خصماً قبل القبض)** أي حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصماً عند أبي حنيفة قبل قبض الدين **(كما يكون)** أي كما يكون الوكيل **(خصماً قبل الأخذ)** أي قبل أخذ العقار **(هنالك)** أي في التوكيل بأخذ الشفعة **(والوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء)** فافترقا. أقول: لا يذهب عليك أن تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر هاهنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه في قوله فيما مر، وهذه أشبه بأخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء، فيكون معناه: أن مسألة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسألة الوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، كما صرح به شراح الجامع الصغير وذهب إليه فرقة من شراح الهداية، واخترناه أيضاً في شرحنا هنالك بناء على هذا، ولكن بقيت شبهة، وهي أن الوكيل إن لم يكن خصماً قبل المباشرة لما وكل به في المسائل الأربع الباقية. أيضاً لا يظهر لتخصيص مسألة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه إياها فقط وجه وإن كان خصماً قبل ذلك في تلك المسائل أيضاً كما هو الظاهر سيما في مسألة التوكيل بالقسمة، إذ لا شك أن الشريك الآخر لو أقام البينة قبل أن يقسم الوكيل بالقسمة ما وكل بتقسيمه على أن الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته، لا يظهر لتخصيص أشبهية الوكيل بقبض الدين بالوكيل بأخذ الشفعة وجه، إذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ أشبه بتلك المسائل أيضاً من الوكيل بالشراء فتأمل **(وهذا)** إشارة إلى مطلع نكتة أبي حنيفة بقوله إنه وكله بالتملك **(لأن المبادلة تقتضي حقوقاً)** كالتسليم والتسلم وغير ذلك **(وهو)** أي الوكيل بالتملك **(أصيل فيها)** أي في الحقوق **(فيكون خصماً فيها)** أي في الحقوق: يعني كأن الموكل أمر الوكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة، والمأمور بالمبادلة يكون أصيلاً في حقوق المبادلة، كذا في النهاية وأكثر الشروح. وقال صاحب العناية: قوله وهذا إشارة إلى ما أشرنا إليه مما يتم به دليل أبي حنيفة، وهو أن الوكيل بالتملك أصيل في الحقوق اهـ. فعليك الاختبار ثم الاختيار. واعترض بعض الفضلاء على كلام المصنف هنا حيث قال: فيه بحث، فإن المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله، فكيف يكون الوكيل أصيلاً في حقوقها. وقال: فإن قيل: المبادلة في التملك بأخذ الدين. قلنا: ذلك لم يقع بعد فتأمل اهـ. أقول: ليس هذا بمتوجه، لأن تعلق بعض الحقوق بشيء قبل وقوعه ليس بعزيز؛ ألا يرى أن حق الخصومة يثبت للوكيل بأخذ الشفعة قبل وقوع الأخذ، فكذا هاهنا، وقد أشار إليه المصنف بقوله وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصماً قبل القبض كما يكون خصماً قبل الأخذ هنالك. ثم إن التحقيق أن قبض الدين وإن كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بأمثالها إلا أنه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر، فلشبهه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل، ولشبهه بأخذ عين الحق جازت

وكذلك إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها إليه والوكيل يقبض العبد والجارية قبضهما فأقامت المرأة البينة على أن زوجها طلقها والعبد والأمة على العتاق أو من هما بيده على الارتهان من الموكل فإنها لا تقبل قياساً لقيامها لا على خصم. وفي الاستحسان: تقبل في قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لأنها تتضمن الطلاق والعتق والرهن، ومن

قال المصنف: **(وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقاً وهو أصيل فيها فيكون خصماً فيها)** أقول: فيه بحث، فإن المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلاً في حقوقها. فإن قيل: المبادلة في التملك بأخذ الدين. قلنا: ذلك لم يقع بعد فتأمل قوله: **(وهذا إشارة إلى ما أشرنا إليه)** أقول: الإشارة إلى ما ليس بمذكور.

البيع، فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في قصر يده كذا هذا. قال: **(وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك)** ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحساناً دون العتق والطلاق. قال: **(وإذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله**

الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد إليه ما ذكره الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حيث قال: لا يقال لو كان وكيلاً بالمبادلة وجب أن تلحقه العهدة في المقبوض. لأنا نقول: إنما لا تلحقه العهدة في المقبوض لأن قبض الدين وإن كان مبادلة من الوجه الذي ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه، لأن من الديون ما لا يجوز الاستبدال به، فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصماً، ولشبهه بأخذ العين لا تلحقه العهدة في المقبوض عملاً بهما ا هـ **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالاتفاق)** أي باتفاق أصحابنا. وللشافعي وأحمد فيه قولان كما في قبض الدين **(لأنه)** أي لأن الوكيل بقبض العين **(أمين محض)** حيث لا مبادلة هاهنا لأنه يقبض عين حق الموكل **(والقبض)** أي قبض العين **(ليس بمبادلة فأشبه الرسول، حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عبد له)** أي للموكل **(فأقام الذي هو في يده)** أي فأقام ذو اليد **(البينة)** على **(أن الموكل باعه)** أي باع العبد **(إياه)** أي ذا اليد **(وقف الأمر حتى يحضر الغائب)** أي الموكل **(وهذا)** أي وقوف الأمر **(استحسان)** أي مقتضى الاستحسان **(والقياس)** أي مقتضاه **(أن يدفع)** أي العبد **(إلى الوكيل)** ولا يلتفت إلى بينة ذي اليد **(لأن البينة قامت لا على خصم)** بناء على أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة **(فلم تعتبر)** أي البينة **(وجه الاستحسان أنه)** أي الوكيل **(خصم في قصر يده)** أي في حق قصر يد نفسه عن العبد **(لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده)** أي يد الوكيل: يعني يصير أثر البينة مجرّد قصر يده لا إثبات البيع **(وإن لم يثبت البيع، حتى لو حضر الغائب)** وهو الموكل **(تعاد البينة على البيع)** يعني لو حضر الموكل لا بد لذي اليد من إعادة إقامة البينة على البيع في محضر الموكل، ولا يكتفي بالبينة السابقة في إثبات البيع لعدم كون الوكيل خصماً من هذه الجهة **(فصار)** هذا **(كما إذا أقام)** أي ذو اليد **(البينة على أن الموكل عزله)** أي عزل الوكيل **(عن ذلك)** أي عن التوكيل بقبض العين **(فإنها تقبل)** أي فإن البينة تقبل هناك **(في قصر يده)** أي في حق قصر يده **(كذا هذا)** أي ما نحن فيه **(قال)** أي محمد في مختصره **(وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك)** كالارتهان، فإنه إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل، كذا في الشروح. قال المصنف **(ومعناه)** أي معنى قول محمد: وكذلك العتاق والطلاق **(إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة)** أي وإذا أقام العبد والأمة

ضرورة ذلك قصر يد الوكيل، والوكيل ليس بخصم في أحدهما وهو إثبات العتق على المولى، ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره. قال: **(وإذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله الخ)** إذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فأقرّ باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه، فإن كان ذلك عند القاضي جاز، وإلا فلا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، إلا أنه إذا أقرّ عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع إليه المال؛ ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لأنه زعم أنه مبطل في دعواه. وقال أبو يوسف رحمه الله: جاز إقراره في الوجهين جميعاً، وقال زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف أوّلاً، لا يجوز في الوجهين جميعاً. والقياس إما شمول الجواز كما هو مذهب أبي يوسف رحمه الله، وإما شمول العدم كما هو مذهبهم، والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان، وجه القياس أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لأنها الخصومة، والإقرار ليس بمنازعة

قوله: **(إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها إليه)** أقول: قوله نقلها مفعول أراد قوله: قال: **(وإذا أقر الوكيل بالخصومة الخ)** أقول: لا يذهب عليك أن ما ذكره في وجه الاستحسان لا يعمهما بل يختص بما إذا كان الموكل هو المدعى عليه فلا بد من ارتكاب تأويل وتعميم الجواب لما يتكلم به المدعي والمدعى عليه.

عند القاضي جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي) عند أبي حنيفة ومحمد استحساناً إلا أنه يخرج عن الوكالة وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء. وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز في

البينة **(على العتاق على الوكيل بنقلهم)** متعلق بالإقامة: أي وإذا أقاموا البينة على الوكيل بنقلهم إلى الموكل يعني إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها الموكل نقلها إليه وأراد الوكيل بقبض العبد والأمة نقلهما إلى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما إليه، فأقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على أن زوجها طلقها، وأقام العبد والأمة البينة على الوكيل بنقلهما على أن مولاهما أعتقهما **(فإنها تقبل في قصر يده)** أي في حق قصر يد الوكيل عنهم **(حتى يحضر الغائب)** أي إلى أن يحضر الغائب **(استحساناً)** أي تقبل استحساناً، وأما قياساً فلا تقبل لقيامها لا على خصم **(دون العتق والطلاق)** أي لا تقبل في حق ثبوت العتق والطلاق لا قياساً ولا استحساناً، وذلك لأن الوكيل ليس بخصم في إثبات العتق والطلاق وإن كان خصماً في قصر يده، وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره. وجملة الكلام في هذه المسألة أن البينة قامت على شيئين: على البيع والعتق والطلاق، وعلى قصر يد الوكيل. ففي حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم، وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل في حق قصر يده لا في حق إزالة ملك الموكل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا أقرّ الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي)** متعلق بأقر أي أقرّ عند القاضي **(جاز إقراره عليه)** أطلق الإقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعي والمدعى عليه، فإن هذا الحكم وهو جواز إقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعياً أو مدّعى عليه، سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل، فإقرار وكيل المدعي هو أن يقرّ أن موكله قبض هذا المال وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقرّ بوجوب المال على موكله، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وخلاصة هذا ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعي فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقرّ بثبوته عليه. ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي: ولا فرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من المدعي فأقرّ بالقبض أو الإبراء، أو من المدعى عليه فأقر عليه بالحق **(ولا يجوز عند غير القاضي)** أي لا يجوز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي **(عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا)** وقوله استحسانا يتعلق بقول جاز وبقوله

لأنه مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده، ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والإبراء فيصح التوكيل إذا استثنى الإقرار بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار، ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه، كما لو استثنى الإنكار، وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع، وفيه نظر لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء. قوله: **(وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة)** قال في النهاية: هي مسألة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد: يعني لو وكله بالجواب مطلقاً فهو أيضاً على هذا الخلاف، كذا في المختلفات البرهانية. وجه الاستحسان أن هذا التوكيل صحيح قطعاً من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح، وإن اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه، وذلك أي ما يملكه الوكيل مطلق الجواب دون أحدهما عيناً لأن الخصم إذا كان محقاً وجب عليه الإقرار، وإن كان مبطلاً وجب عليه الإنكار، لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف إلى المطلق مجازاً على ما سيأتي تحرياً للصحة قطعاً قوله: **(ولو استثنى الإقرار)** جواب عن مستشهد زفر رحمه الله. ووجهه: لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف رحمه الله لأنه

قوله: **(ولو ادعى بعد ذلك، إلى قوله: إنه مبطل في دعواه)** أقول: فيه تأمل قوله: **(وجه القياس أن الوكيل الخ)** أقول: فإن قيل: إن قول المصنف وهو القياس المنفهم منه قصر القياس على قول زفر والشافعي وتشريك أبي يوسف مع أبي حنيفة ومحمد في وجه الاستحسان يأبى ذكره. قلنا: المقصور على قولهما هو القياس الخالص الذي لا يشوبه شيء من الاستحسان، والتشريك المذكور لا ينافي كون شمول الوجود ثابتاً بالقياس المتفرع على الاستحسان، فإن صرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بالجواب ثابت استحساناً، وعدم اختصاص إقراره بالمجلس ثابت قياساً، ويفهم ذلك من قوله بعد ذلك بقول أبو يوسف فتأمل قوله: **(مأمور بالمنازعة لأنها الخصومة)**

الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أوّلاً، وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضادّه لأنه مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار، وكذا لو وكله

لم يجز كما ذكر في النهاية فتأمل (إلا أنه يخرج عن الوكالة) فلا يدفع المال إليه. ولو ادعى بعد ذلك وأقام بينة على ذلك لا تسمع بينته. وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي وعند أبي حنيفة ومحمد تبطل الوكالة على رواية الأصل لأنه زعم أنه مبطل في دعواه (وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه، وإن أقرّ في غير مجلس القضاء. وقال زفر والشافعي: لا يجوز في الوجهين) أي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه، وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله (وهو) أي قول زفر والشافعي (قول أبي يوسف أوّلاً وهو القياس) أي مقتضاه (لأنه) أي الوكيل (مأمور بالخصومة وهي) أي الخصومة (منازعة) ومشاجرة (والإقرار يضادّه) أي يضاد الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتأويل ما أمر به (لأنه) أي الإقرار (مسالمة) ومساعدة (والأمر بالشيء لا يتناول ضده، ولهذا) أي ولأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضد ذلك الشيء (لا يملك) أي الوكيل بالخصومة (الصلح والإبراء) وكذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به الكافي وغيره، فإن في كل واحد من هذه الأفعال ما يضادّ الخصومة (ويصح) أي يصح التوكيل بالخصومة (إذا استثنى الإقرار) بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار، أو بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقرّ عليّ. قال صاحب النهاية: هذه المسألة دليل من يقول إن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار، فوجه الدلالة هو أن التوكيل بالخصومة لو كان مجازاً لمطلق الجواب لكان ينبغي أن لا يصح استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة، وذلك لأن المراد من الجواب إما الإقرار أو الإنكار لا كلاهما بالاتفاق. ثم في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل، وذلك لا يجوز، والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح لما قلنا. فعلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب اهـ كلامه. أقول: فيه نظر، لأنه إن أراد بقوله لأن المراد من الجواب إما الإقرار أو الإنكار لا كلاهما بالاتفاق أن المراد من الجواب إما الإقرار وحده أو الإنكار وحده لا ما يعمهما بالاتفاق، فلا نسلم أن الأمر كذلك، إذ المراد من الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الإقرار والإنكار بطريق عموم المجاز دون أحدهما عيناً كما سيأتي بيانه مفصلاً ومشروحاً سيما من الشارح المذكور، وإن أراد بذلك أن المراد منه أحدهما لا بعينه لا مجموعهما معاً في حال واحدة فهو مسلم، إذ لا يصح جمع الإنكار والإقرار معاً في جواب قضية واحدة، ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل، إذ اللازم فيهما حينئذ إنما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى. وقوله والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح لما قلنا ليس بتام أيضاً، إذ يصح

لا يملك الاستثناء، لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عيناً، وقد لا يحل له كما مر آنفاً. ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رحمه الله لكنه إنما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه إياه. وبيان ذلك ما قلنا إنه لا يحل له الإنكار لجواز أن يكون الخصم محقاً، فإذا نص على استثناء الإقرار دلّ على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملاً لأمر المسلم على الصلاح فتعين الإنكار، وعند الإطلاق يحمل على الأولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب. وعن محمد أنه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبوراً عليه. قال في النهاية: أي على الإقرار لأن المدعي يثبت

أقول: الضمير في قوله لأنها راجع إلى المنازعة قال المصنف: (والأمر بالشيء لا يتناول ضده) أقول: تقرير دليلهم أن الخصومة ضد الإقرار، وكل ما هو ضد الشيء لا يدخل في الأمر به ضده قوله: (ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل الخ) أقول: فإن حقوق الشيء تدخل فيه بالتبعية، وما هو كذلك لا يصح استثناؤه إلا أن كون الإقرار من حقوق الجواب غير مسلم ولم يدع ذلك أحد بل ذلك من جزئياته كما يعلم من تقرير المصنف وجه الاستحسان قوله: (كما لو استثنى الإنكار) أقول: استثناء الإنكار أيضاً مختلف فيه بين أبي يوسف ومحمد في الأصح، والتفصيل في كتب الأصول قوله: (وفيه نظر لأنه الخ) أقول: لا يهمه الاستثناء المتصل حتى يرد النظر.

بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى. وجه الاستحسان

استثناء الإنكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الإقرار، نص عليه في الذخيرة وغيرها. ثم أقول: وبهذا يظهر فساد ما في كلام غاية البيان أيضاً في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل: وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار فأقرّ الوكيل لم يصح إقراره، لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار، فلو تناوله بطل الاستثناء. وصح الإقرار لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز ا هـ. فإنه إن أراد بقوله لأن الخصومة شيء واحد أنها أمر جزئي لا تعدد فيه أصلاً فليس كذلك قطعاً، وإن أراد بذلك أنها واحد من حيث المفهوم فهو لا يتنافي تعددها من حيث الأفراد وصحة استثناء بعض أفرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى. وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام: معناه أن الإقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الإنكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية في حل المقام، ولكن أورد عليه حيث قال: ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الإنكار، وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع. ثم قال: وفيه نظر، لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى. أقول: نظره ساقط جداً لأن عدم التناول إنما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع، ويجوز أن يكون مدار صحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة شرعاً هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور. نعم يرد على المحل المذكور أن من يقول بصحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة ممن يقول بجواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة، بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف فلا يكون قوله ويصح إذا استثنى الإقرار على المعنى المذكور حجة عليه فلا يتم التقريب. واعلم أن الشارح الكاكي والشارح العيني جعلا قول المصنف: ويصح إذا استثنى الإقرار جواباً عن سؤال يرد على قولهم: أي على قول زفر والشافعي وقول أبي يوسف أوّلاً، وقرّر السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهما. ولما رأينا تفصيل ذلك إطناباً مملاً أعرضنا عنه، على أن مآل ما ذكره الكاكي في تقرير الجواب ما ذكر في النهاية، ومآل ما ذكره العيني في تقريره ما ذكر في غاية البيان وقد عرفت حالهما **(وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة)** يعني الإنكار **(إذ العادة)** في التوكيل **(جرت بذلك ولهذا يختار فيها)** أي في الخصومة **(الأهدى فالأهدى)** والإقرار لا يحتاج إلى زيادة الهداية. قال صاحب النهاية: هذه المسألة مبتدأة خلافية، ليس إيرادها على وجه الاستشهاد: يعني لو وكله بالجواب مطلقاً فهو على هذا الاختلاف أيضاً، كذا في المختلفات البرهانية ا هـ. وقد اقتفى أثره في ذلك أكثر الشراح، إلا أن صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية. وقال صاحب غاية البيان: وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية، وظني أنه أراد بذلك فكذا فيما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة: يعني لما كان الأمر بالشيء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح

ما ادعاه بالبينة أو يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبوراً على الإقرار فكذا وكيله، إلا أن الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لأن النيابة لا تجري في الأيمان فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته. ولقائل أن يقول: المدعي قد يعجز عن إثبات دعواه بالبينة، وقد لا يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين لكونه محقاً فيكون الاستثناء

قال المصنف: **(وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً)** أقول: والظاهر من سياق العلامة النسفي في الكافي أن هذه المسألة ذكرت استشهاداً، فإنه قال: ولو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار يصح التوكيل، ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الإقرار، ولأنه لو استثنى الإقرار صريحاً لا يملك الإقرار، فكذا إذا استثناه دلالة، والظاهر أن يكون مستثنى في توكيله الإقرار، ولهذا لو وكله بالجواب مطلقاً ينصرف إلى جواب هو خصومة، إذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الأهدى فالأهدى، والوكالة تتقيد بدلالة العرف انتهى فليتأمل. فإنه يجوز أن يكون نظير مسألتي الفحم والجمد على ما سبق قبل ورقتين فتذكر.

أن التوكيل صحيح قطعاً وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عيناً وطريق المجاز موجود

وصح استثناء الموكل الإقرار أنتج أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار لا بجواب هو مسالمة وهو الإقرار، ولأجل أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار في التوكيل بخصومة الأهدى في الخصومة فالأهدى، ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره، لأنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار، لأن المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الإنكار والإقرار جميعاً، بخلاف المأمور بالخصومة، إذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والإقرار مضادة، ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقرّ يصح؛ فعلم أنه إذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة، وقد تحير بعض الشارحين في هذا المقام فقال: هذه مسألة مبتدأة لا للاستشهاد، إلى هنا كلامه. أقول: فيه نظر، أما أوّلاً فلأن كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم عما ظن أنه مراد بذلك مما لا ينبغي أن ينسب إلى من له أدنى تمييز فضلاً عن أن ينسب إلى صاحب الهداية ذلك الإمام الذي لن تسمح بمثله الأدوار ما دار الفلك الدوّار، فإن بين الكلام المذكور وما ظنه مراداً بذلك بونا بعيداً من حيث اللفظ والمعنى، فأنى يتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سهواً عن الآخر. وأما ثانياً فلأنا لا نسلم عدم إمكان تصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره. قوله لأنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار. قلنا: إن أراد به أنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد على قول أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف آخراً بجواب هو خصومة فهو مسلم، لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي رحمهما الله وقول أبي يوسف أوّلاً كما هو مراده قطعاً، وإن أراد بذلك أنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد على قول زفر والشافعي وقول أبي يوسف أوّلاً أيضاً بجواب هو خصومة فهو ممنوع، كيف وقد صرح في المختلفات البرهانية بأن هذه المسألة أيضاً على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة. قوله لأن المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الإنكار والإقرار جميعاً، بخلاف المأمور بالخصومة إذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والإقرار مضادة. قلنا: لزفر أن يقول في مسألة التوكيل بالجواب مطلقاً أن الأمر ينصرف إلى جواب هو خصومة، إذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الأهدى فالأهدى، والوكالة تتقيد بدلالة العرف، وصرح بهذا التقرير في الكافي والتبيين، ولا شك أن اتفاق جواب المسألتين لا يقتضي اتحاد دليلهما. قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقرّ يصح. قلنا: لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم في طريقة الخلاف، على أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقرّ يصح عند جميع الأئمة حتى زفر والشافعي فلا يتم مطلوبه. وأما صحة ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف على قوله الآخر فمما لا يشك فيه أحد فاندفع ما اشتبه عليه هاهنا بحذافيره. ثم أقول: الإنصاف أن كون ما ذكره المصنف هاهنا مسألة مبتدأة خلافية غير موردة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما لا يليق بشأن المصنف إذ هو بصدد بيان أدلة أقوال المجتهدين في مسألة التوكيل بالخصومة، فما

مفيداً. والجواب أن المطلوب مجبور على الإقرار إذا عرض اليمين وهو مبطل فكان مجبوراً في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيداً فيه، بخلاف الطالب فإنه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيداً، ولم يذكر المصنف رحمه الله الجواب عن صورة الصلح والإبراء. وأجيب بأنه إنما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح أو إلى الإبراء

قال المصنف: **(وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً)** أقول: ولا يبعد إرجاع الضمير في قوله يملكه إلى التوكيل فلا يرد التوكيل بالخمر قوله: **(وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً)** أقول: أي ما يملكه الموكل شرعاً، ثم اعلم أن الضمير في قوله بتناوله راجع إلى التوكيل في قوله وجه الاستحسان أن هذا التوكيل قوله: **(فنذكر ما تقدم فيه)** أقول: في الورق الثاني من كتاب الوكالة فراجعه متشبثاً بذيل إنصافك هل تجد هناك ما ينفع في دفع النقض هنا. وعندي أن تقييد قوله صحيح بقوله قطعاً: أي إجماعاً متكفل بدفع النقض، فإن صحة توكيل المسلم ببيع الخمر مختلف فيه، وأقل درجة الخلاف إيراث الشبهة فلا تكون قطعية فليتأمل قوله: **(لأنه لا يملك الاستثناء لأن ملكه الخ)**

على ما نبينه إن شاء الله تعالى فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً؛ ولو استثنى الإقرار، فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه لا يملكه. وعن محمد رحمه الله أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه؛ وعند الإطلاق

الضرورة في شروع مسألة أخرى أثناء ذكر أدلة هذه المسألة قبل تمامها؟ فالوجه عندي أن هذه المسألة ذكرت هاهنا على وجه الاستشهاد: يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحاً لا يتناول الإقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار بدلالة العرف. ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى. فكيف يتناول الإقرار ما إذا وكله بالخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازاً. نعم مسألة التوكيل بالجواب مطلقاً أيضاً على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في المختلفات البرهانية فلا يحصل بها إلزام الخصم، إلا أن ذكرها هاهنا من قبيل ردّ المختلف على المختلف، فيصير استشهاداً تحقيقياً عند المستدل وإن لم يكن إلزامياً، ونظير هذا أكثر من أن يحصى فتدبر **(وجه الاستحسان أن التوكيل)** يعني أن التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة **(صحيح قطعاً)** أي صحيح من كل وجه بالإجماع **(وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً)** أي صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً لأن التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح. قال صاحب غاية البيان: ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر أو شرائها فإنه يجوز على مذهب أبي حنيفة مع أن المسلم لا يملك ذلك بنفسه. لأنا نقول: إن ذلك مملوك للمسلم ضمناً وحكماً لتصرف الوكيل وإن لم يكن مملوكاً قصداً على وجه لا يلحقه اللوم والإثم في ذلك. على أنا نقول: إن للمسلم ولاية في جنس التصرف لكونه حرّاً عاقلاً بالغاً على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته. ولا يشترط أن يكون للموكل ولاية في كل الأفراد، وقد مضى بيان ذلك في أوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام اهـ

فلم يوجد مجوّز المجاز، وفيه نظر، فإن إفضاءها إلى الصلح أو الإبراء لم يكن أشد من إفضائها إلى الإقرار فهو مثله لا محالة. وأيضاً الخصومة والصلح متقابلان، فينبغي أن تجوز الاستعارة. والأولى أن يقال: التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب إما بلا أو بنعم. والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة أخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الإبراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازاً قوله: **(فبعد ذلك)** شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة: أي بعد ما ثبت أن التوكيل ينصرف إلى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله **(يقول أبو يوسف)** في التسوية بين مجلس القاضي وغيره **(الوكيل قائم مقام الموكل، وإقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه، وهما يقولان إن التوكيل بالخصومة يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً)** لما مر أنه يصرف إلى مطلق الجواب، ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الإقرار **(والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء)** فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازاً، إذ الإقرار خصومة مجازاً من حيث إنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا إقرار يكون خصومة مجازاً في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به **(أما)** أنه خصومة مجازاً فـ **(لأنه خرج في مقابلة الخصومة)** فكان مجوزه التضاد. وهو مجوّز لغوي

أقول: الضمير في قوله ملكه راجع إلى الاستثناء قوله: **(وعند الإطلاق يحمل على الأولى بحال المسلم)** أقول: فيه أنه لم يحمل في الإطلاق على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملا لأمر المسلم على الصلاح لظهور أن في الإطلاق أيضاً دلالة على ذلك كما يدل عليه قوله المصنف للتنصيص زيادة دلالة. ويمكن أن يقال ظهور محقية الخصم كثيراً منع الاعتداد بتلك الدلالة، بخلاف التنصيص فليتأمل. قال في الكافي: لأن صحة إقرار الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ إلى المجاز حملا على ما هو الأولى بالمسلم، إذ الخصومة منازعة والمنازعة حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملناه على المجاز لظاهر حاله انتهى: يعني حملنا دلالة ظاهر حاله من الديانة على دلالة الإطلاق فافهم، إلا أنه بقي البحث في قوله والمنازعة حرام لأن حرمة المنازعة ممنوعة على الإطلاق فليتأمل قوله: **(فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته)** أقول: فإنه لو لم يقر الوكيل يقر الموكل فلا فرق بين الإقرارين فتفوت فائدة الاستثناء قوله: **(والجواب أن المطلوب مجبور الخ)** أقول: لا يقال إذا كان المدعى عليه محقاً لا يقر الوكيل فلا فائدة في الاستثناء أيضاً لأنا لا نسلم أنه لا يقر لجواز أن يخدعه الطالب بإعطاء الرشوة مثلاً فيقر فليتأمل. ولعل مراد صاحب النهاية أن الظاهر أن الوكيل المتدين لا يقر كاذباً على موكله، بل إنما يقر إذا كان الخصم محقاً، وفي تلك الصورة يضطر الموكل إلى الإقرار بعرض اليمين فلا يفيد استثناؤه ويندفع عنه ما ذكره هذا الشارح كما لا يخفى

يحمل على الأولى. وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه ويخير الطالب فيه؛ فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله: إن الوكيل قائم مقام الموكل، وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا

كلامه. أقول: في جوابه الثاني بحث، لأنه لا يدفع النقض اللازم هاهنا بصحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها عند أبي حنيفة بل يؤيده، فإنه إذا لم يشترط أن يكون للموكل ولاية في كل الأفراد فجاز عند أبي حنيفة بناء على ذلك توكيل المسلم الذمي بما لا يملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشراؤها ينبغي أن يجوز عنده فيما نحن فيه أيضاً صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك، فلا يتم قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً. وقال صاحب العناية: وإن اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه ا هـ. أقول: الذي تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في أوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المصنف ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف. قال صاحب النهاية: إن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر، ولو وكل به جاز عنده، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد: أي يملك التصرف الذي وكل به، وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبيّ والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد ا هـ. ولا يخفى أن مآل هذا ما ذكره صاحب غاية البيان في جوابه الثاني، وقد بينا أنه لا يدفع النقض هاهنا بل. يؤيده **(وذلك)** أي ما يملكه الموكل **(مطلق الجواب)** المتناول للإنكار والإقرار جميعاً **(دون أحدهما عيناً)** أي دون أحد الجوابين بعينه لأنه ربما يكون أحدهما بعينه حراماً لأن خصمه إن كان محقاً يجب عليه الجواب بالإقرار وإن كان مبطلاً يجب عليه الجواب بالإنكار فلا يملك المعين منهما قطعاً فلا يصح التوكيل به قطعاً بل يصح من وجه دون وجه، وحيث صح من كل وجه علم أنه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب الداخل تحته كل واحد منهما **(وطريق المجاز)** أي بين الخصومة ومطلق الجواب **(موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى)** على ما سيأتي عن قريب عند بيان وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في هذه المسألة **(فيصرف إليه)** أي فيصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب **(تحرياً للصحة قطعاً)** أي تحرياً لصحة كلام الموكل قطعاً، فإن كلام العاقل يصان عن الإلغاء **(ولو استثنى الإقرار؛ فعن أبي يوسف أنه لا يصح)** جواب عن مستشهد زفر والشافعي: يعني لا نسلم صحة هذا الاستثناء، بل لا يصح على قول أبي يوسف كما ذكره شيخ الإسلام في شرح الجامع الصغير في أصول الفقه أيضاً **(لأنه)** أي لأن الموكل **(لا يملكه)** أي لا يملك الاستثناء لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عيناً، وقد لا يحل ذلك كما مر آنفاً، كذا ذكر في العناية وكثير من الشروح، أو لأن من أصله أن صحة الإقرار باعتبار قيامه مقام الوكل لا لأنه من الخصومة فيصير ثابتاً بالوكالة حكماً لها فلا يصح استثناؤه، كما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الوكيل الثمن أو لا يسلم المبيع، فإن ذاك الاستثناء باطل كذا هذا، كذا ذكر في الكافي وفي بعض الشروح **(وعن محمد أنه يصح)** يعني ولئن سلمنا أن استثناء الإقرار يصح كما قال محمد في ظاهر الرواية لكنه

لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوّزاً شرعياً **(أو لأن الخصومة سبب الإقرار)** فكان المجوّز السببية وهو مجوّز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف، وأما اختصاصه بمجلس القضاء فـ **(لأن الظاهر إتيانه بالمستحق و)** المستحق **(هو الجواب في مجلس القضاء فيختص به)** ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود قوله: **(لكن)** استدراك من قوله فيختص به، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا كان الإقرار في غير مجلس القضاء ليس بجواب

فيكون المراد بقوله مجبور عليه أنه مجبور على الإقرار وجوداً وعدماً قوله: **(إذا عرض عليه اليمين وهو مبطل الخ)** أقول: فيه إساءة الظن بالمسلم، ثم لا يلزم مما ذكره عدم صحة استثناء المطلوب مطلقاً إلا بتغليب جانب مبطلية المطلوب على محقيته، إذ لا علم لنا بتعيين مواضع محقيته ومبطليته ليمكن القول بصحة الاستثناء في الأول دون الثاني، وفيه السعي في إلغاء كلام العاقل مع ما ذكرنا من إساءة الظن. ويمكن أن يقال جانب المطلوب يعارضه جانب الطالب ويترجح طلب الطالب بإقرار الوكيل.

إقرار نائبه. وهما يقولان: إن التوكيل يتناول جواب يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً، والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً، إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة، أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب في

إنما يصح **(لأن للتنصيص)** أي لتنصيص الموكل على الاستثناء **(زيادة دلالة على ملكه إياه)** أي على تملكه الإنكار. وبيان ذلك أنه إنما لم يحل له الإنكار لجواز أن يكون خصمه محقاً، فإذا نص على استثناء الإقرار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملاً لأمر المسلم على الصلاح فتعين الإنكار **(وعند الإطلاق)** أي عند إطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الإقرار **(يحمل على الأولى)** أي يحمل كلامه على ما هو الأولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب **(وعنه)** أي عن محمد **(أنه فصل بين الطالب والمطلوب)** أي فصل بين المدعي والمدعى عليه في استثناء الإقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناءه في الأول وهو الطالب **(ولم يصححه في الثاني)** وهو المطلوب **(لكونه)** أي لكون المطلوب **(مجبوراً عليه)** أي على الإقرار، كذا في النهاية وفي العناية أيضاً نقلاً عن النهاية، أو على ترك الإنكار كذا في كثير من الشروح. وقال في غاية البيان بعد ذكر ذلك: أو يقال لكون المطلوب شخصاً يجبر عليه في الخصومة **(ويخير الطالب فيه)** أي في أصل الخصومة فله ترك أحد وجهيها، كذا في الكفاية. وذكر في التتمة عن محمد أنه يصح استثناء الإقرار من الطالب لأنه مخير، ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه: يعني أن الوكيل إذا كان من جانب المدعي صح استثناء الإقرار لأن المدعي لما كان مخيراً بين الإقرار والإنكار أذى الاستثناء فائدته في حقه. وأما إذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الإقرار لأنه لا يفيد ذلك، لأن المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه، أو يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبوراً على الإقرار فكذلك وكيله، إلا أن التوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لأن النيابة لا تجري في الأيمان فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملاً. ولقائل أن يقول: المدعي قد يعجز عن إثبات دعواه بالبينة، وقد لا يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض اليمين لكونه محقاً فيكون الاستثناء مفيداً. والجواب أن المطلوب مجبور على الإقرار إذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبوراً في الجملة فلم يكن استثناؤه مقيداً فيه، بخلاف الطالب فإنه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيداً إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب نظر لأنه إذا لم يتعين كون المطلوب مجبوراً على الإقرار بل كان ذلك احتمالاً محضاً موقوفاً على كونه مبطلاً لم يتعين عدم الفائدة في استثنائه الإقرار، بل كان ذلك أيضاً احتمالاً محضاً، فبمجرد الاحتمال كيف يجوز إساءة الظن بالمسلم وإلغاء كلام العاقل مع وجوب حمل أمر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الإلغاء؟ أقول: بقي هاهنا بحث، وهو أن الطالب أيضاً قد يكون مجبوراً على الإقرار لأن إقرار الطالب لا يتصور من حيث أنه مدّع، إذ الدعوى والإقرار متباينان. بل متضادان، وإنما يتصور ذلك من حيث أنه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه، ولا شك أن الطالب من حيث أنه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبوراً على الإقرار. لا يقال: المراد أن الطالب من حيث إنه طالب: أي مدع يصح منه استثناء الإقرار لعدم كونه مجبوراً على الإقرار من هذه الحيثية بل مخير، بخلاف المطلوب من حيث أنه مطلوب: أي مدعى عليه فإنه قد يكون مجبوراً

كان الواجب أن لا يكون معتبراً ولا يخرج به عن الوكالة. ومعناه **(إذا ثبت أنه أقرّ عند غير القاضي خرجَ من الوكالة حتى لا يدفع المال إليه لأنه صار مناقضاً وصار كالأب أو الوصي إذا أقرّ في مجلس القضاء)** فإنهما إذا ادّعيا شيئاً للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الأب أو الوصيّ ثم جاء يدعي المال فإن إقرارهما **(لا يصح ولا يدفع المال إليهما)** لأنهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب إقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك هاهنا قال **(ومن كفل بمال عن رجل الخ)** ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها، أما

قال المصنف: **(إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة)** أقول: فيكون مجازاً على سبيل المشاكلة كقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾.

مجلس القضاء فيختص به، لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر

عليه. لأنا نقول: الطالب من حيث إنه طالب لما لم يتصوّر منه الإقرار قط لم يمكن استثناء الإقرار هناك أصلاً فضلاً عن صحته فليتأمل. ثم قال صاحب العناية: ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والإبراء. وأجيب بأنه إنما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح أو إلى الإبراء فلم يوجد مجوّز المجاز، وفيه نظر فإن إفضاءها إلى الصلح والإبراء إن لم يكن أشد من إفضائها إلى الإقرار فهو مثله لا محالة، وأيضاً الخصومة والصلح متقابلان فينبغي أن تجوز الاستعارة، والأولى أن يقال: التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا، ومطلق الجواب إما بلا أو بنعم، والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة أخرى خلاف ما وضع جواب، وكذلك الإبراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازاً، إلى هنا كلامه.
أقول: فنظره الأول ساقط جداً، إذ لا نسلم أن إفضاء الخصومة إلى الصلح والإبراء أشدّ من إفضائها إلى الإقرار أو مثل إفضائها إليه، كيف والخصم قد يضطر إلى الإقرار عند عرض اليمين عليه، بخلاف الصلح والإبراء فإن الخصم لا يضطر إليهما أصلاً بل هو مختار فيهما مطلقاً، على أنهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من اختيار المتخاصمين معاً، وإلى هذا كله أشار المجيب وهو الشارح الإتقاني في تقرير جوابه حيث قال: والجواب عن القياس على الصلح فنقول: إنما لم يصح صلح الوكيل لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح، بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما ا هـ **(فبعد ذلك)** شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الأئمة الثلاثة: أي بعد ما ثبت أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله **(يقول أبو يوسف)** في التسوية بين مجلس القضاء وغيره **(إن الوكيل قائم مقام الموكل)** فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكاً له **(وإقراره)** أي إقرار الموكل **(لا يختص بمجلس القضاء)** لأن الإقرار موجب بنفسه، وإنما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجباً إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والنكول **(فكذا إقرار نائبه)** أي هو أيضاً لا يختص بمجلس القضاء **(وهما)** أي أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله **(يقولان)** في الفرق بين مجلس القضاء وغيره **(أن التوكيل)** أي التوكيل بالخصومة **(يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة)** وهو الإنكار **(أو مجازاً)** وهو الإقرار لما مر أنه ينصرف إلى مطلق الجواب، ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الإقرار، والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء، فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر،

بعد البراءة فلأنها لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تتقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغته فإنها لا تجوز لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة، وأما قبل البراءة فلأن الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر، والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملاً لنفسه في إبراء ذمته كالمحال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فإنه لا يصير وكيلاً لما قلنا. ونوقض بتوكيل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين فإنه صحيح وإن كان عاملاً في ذلك لنفسه، ذكره في الجامع الصغير. وأجيب بالمنع مستنداً إلى ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المديون لا يصلح وكيلاً عن الطالب بإبراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع. سلمناه لكن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض. واعترض بأن عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل أصيلاً في إثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر. وأجيب بأنا لا نسلم ذلك بل الأصل وقوع التصرف لنفس الفاعل. فإن قيل فلتنسخها الوكالة لطريانها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فإنها تنسخها. قال

قوله: **(لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء)** أقول: لا يذهب عليك ما في كلامه من الركاكة ظاهراً. ويندفع بجعل قوله إلا في مجلس القضاء حالاً من اسم لا يكون قوله: **(إذ الإقرار خصومة الخ)** أقول: من قبيل قياس المساواة المنتج قوله: **(أما أنه خصومة مجازاً)** أقول: أي من حيث إنه جواب، ويفهم من بيان المجوز اعتبار تلك الحيثية فافهم قوله: **(فلأنه خرج في مقابلة الخصومة)** أقول: أي جواباً عنها قوله: **(فكان مجوزه التضاد)** أقول: بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة قال المصنف: **(لأن الظاهر إتيانه بالمستحق)** أقول: تعليل لقوله والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً بملاحظة القصر من التقييد بقوله في مجلس القضاء: يعني لا الإقرار في غيره فتأمل قوله: **(ولو قال لأن الواجب عليه الخ)** أقول: إنما لم يقل لأن الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب، وسنده ما مر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها.

بدفع المال إليه لأنه صار مناقضاً وصار كالأب أو الوصيّ إذا أقرّ في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما.

ولا مجازاً إذ الإقرار إنما يكون خصومة مجازاً من حيث أنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا إقرار يكون خصومة مجازاً في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به. ثم إن طريق كون الإقرار من حيث إنه جواب خصومة مجازاً كما وعد المصنف بيانه فيما مر ما ذكره هاهنا بقوله **(والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه)** أي الإقرار **(خرج في مقابلة الخصومة)** جواباً عنها فسمي باسمها كما سمي جزاء العدوان عدواناً في قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] وكما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ [الشورى: ٤٠] كذا في المبسوط والأسرار. قال صاحب العناية: فكان مجوّزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوّزاً شرعياً. وقال بعض الفضلاء: بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة. أقول: لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر في مباحثها أن المشاكلة بمعزل عما نحن فيه، وإنما غرّه تمثيلهم ما نحن فيه بقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ [الشورى: ٤٠] وقوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] ولكن جواز المشاكلة أيضاً في ذينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضي جوازه فيما نحن فيه، تأمل تقف **(أو لأنه)** أي الخصومة على تأويل التخاصم، كذا في النهاية وغيرها. وقال في معراج الدراية: وفي بعض النسخ: أو لأنها **(سبب له)** أي لإقرار، وقد سمي المسبب باسم السبب كما يقال صلاة العيد سنة مع أنها واجبة باعتبار أنها تثبت بالسنة، وكما يسمى جزاء السيئة سيئة إطلاقاً لاسم السبب على المسبب فكان المجوّز السببية. قال في العناية: وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف **(لأن الظاهر إتيانه)** أي إتيان الخصم **(بالمستحق)** فتكون الخصومة سبباً له حيث أفضى إليه ظاهراً، كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العيني، فحينئذ يكون قوله لأن الظاهر الخ تعليلاً لقوله أو لأنه سبب له. وقيل هو تعليل لقوله والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً بملاحظة القصر في التقييد بقوله في مجلس القضاء: يعني لا الإقرار في غيره فتأمل اهـ. ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال: وأما اختصاصه بمجلس القضاء فلأن الظاهر إتيانه بالمستحق الخ فتفكر **(وهو)** أي المستحق **(الجواب في مجلس القضاء)** لا غير **(فيختص به)** أي فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء. قال صاحب العناية: ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود انتهى. وقال بعض الفضلاء: إنما لم يقل لأن الواجب الخ لتطرّق المنع على دعوى الوجوب، وسنده ما مر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن مداره على زعم أن ضمير عليه وإتيانه في قوله لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق راجع إلى الوكيل من حيث إنه وكيل، وليس كذلك بل هو راجع إلى الخصم وهو الموكل حقيقة، وإن عدّ الوكيل أيضاً خصماً لقيامه مقام الموكل فالوجوب هاهنا يصير حكم الخصومة لا حكم الوكالة، ووجوب الجواب على الخصم بما لا يقبل المنع قطعاً، وما مر من صاحب العناية في أول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل ما فوّض إليه إنما هو حكم الوكالة، وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور هاهنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سنداً لمنع ذلك؛ ألا يرى أنه يجب على الوكيل كثير من أحكام ما باشره بالوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة وغيرهما فحقوقه تجب على الوكيل دون

المحبوبي رحمه الله في الجامع الصغير: الوكيل بقبض الدين إذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة. فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مثله، والوكالة دون الكفالة لأن الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وإن جاز عكسه قوله: **(ولأن قبول قوله)** دليل آخر. وتقريره أن الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه أميناً، ولو صححنا الوكالة هاهنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبرئاً نفسه، وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده، وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان

قال: (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً) لأن الوكيل من يعمل لغيره، ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن، ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه

الموكل مع إطباقهم على أن حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوّض إليه، فالتوفيق في ذلك كله أن الوجوب حكم ما باشره، والجواز حكم أصل الوكالة فلا تغفل (لكن إذا أقيمت البينة على إقراره) أي على إقرار الوكيل (في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة) هذا استدراك من قوله فيختص به، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا لم يكن الإقرار في غير مجلس القضاء جواباً كان الواجب أن يكون معتبراً ولا يخرج به عن الوكالة، ومعناه لكن إذا ثبت أنه أقرّ عند غير القاضي خرج من الوكالة (حتى لا يؤمر) أي لا يؤمر الخصم (بدفع المال إليه) أي إلى الوكيل (لأنه صار مناقضاً) في كلامه حيث كذب نفسه بالقول الأول، والمناقض لا دعوى له. قال في الكافي: حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه لا يمكن أن يبقى وكيلاً بمطلق الجواب لأنه لا يملك الإنكار لأنه يصير مناقضاً في كلامه، فلو بقي وكيلاً بقي وكيلاً بجواب مقيد وهو الإقرار وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله بالجواب مطلقاً انتهى (وصار) أي صار الوكيل المقر في غير مجلس القضاء (كالأب والوصيّ إذا أقرّ) أي أقر واحد منهما (في مجلس القضاء) فإنه (لا يصح) إقراره ولا يدفع المال إليه، بيانه أن الأب أو الوصي إذا ادعى شيئاً للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الأب أو الوصي ثم جاء يدعي المال فإن إقرارهما لا يصح (ولا يدفع المال إليهما) لأنهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب إقرارهما بما قاله المدعى عليه، فكذلك هاهنا، كذا ذكر في أكثر الشروح، والأحسن ما ذكر في الكفاية من أن الأب والوصي إذا أقرّا على اليتيم في مجلس القضاء أنه استوفى حقه لا يصح إقرارهما عليه، ولكن لا يدفع المال إليهما لزعمهما بطلان حق الآخذ، وإنما لا يصح إقرارهما لأن ولايتهما نظرية ولا نظر في الإقرار على الصغير انتهى. واعلم أن حاصل هذه المسألة أعني مسألة التوكيل بالخصومة على خمسة أوجه: الأول أن يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشيء آخر، وفي هذا الوجه يصير وكيلاً بالإنكار بالإجماع ويصير وكيلاً بالإقرار أيضاً عند علمائنا الثلاثة. الثاني أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار، وفي هذا الوجه يصير وكيلاً بالإنكار، لأن باستثناء الإقرار تبين أن الوكيل ما يتناول نفس الجواب إنما يتناول جواباً مقيداً بالإنكار. هكذا ذكر شيخ الإسلام في الأصل، وذكر الإمام فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع أن هذا الاستثناء على قول أبي يوسف لا يصح، وعند محمد يصح، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح وكالة الأصل؛ وفي الفتاوى الصغرى أن استثناء الإقرار

التوكيل باطلاً لما بينا أن الوكيل من يعمل لغيره، وهاهنا لما كان المولى ضامناً لقيمته كان في مقدارها عاملاً لنفسه لأنه يبرىء به نفسه فيكون التوكيل باطلاً. قال: (ومن ادّعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه الخ) ومن ادعى أنه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه أقرّ على نفسه، لأن ما يقضيه الغريم خالص حقه لأن الديون تقضى

قوله: (لا بعد براءة الكفيل الخ) أقول: بأن أبرأه المكفول له عن الكفالة قال المصنف: (فلأن الوكيل من يعمل لغيره) أقول: ولا واحد من الكفيل من يعمل لغيره فهذا قياس من الشكل الثاني، أو هو قياس من الشكل الأول على هذه الصورة لو كان الكفيل وكيلا لصار عاملاً لنفسه، وكل من صار عاملاً لنفسه فليس بوكيل إذ لا شي ممن هو عامل لنفسه بوكيل، وهذا الأم بعض عبارته فتأمل قال المصنف: (ولو صححناها صار عاملاً لنفسه الخ) أقول: قال الزيلعي: فإن قيل الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح وإن كان عاملاً لنفسه ساعياً في براءة ذمته. قلنا: ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك انتهى. فيه بحث لأنه إن أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك، إلا أن يقال إنه من قبيل المبالغة في التشبيه، وإن أراد أنه تمليك للإبراء كما في طلقي نفسك فإنه تمليك الطلاق فالتوكيل أيضاً تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضاً قوله: (ونوقض بتوكيل المديون) أقول: بتوكيل مضاف إلى المفعول قوله: (سلمناه لكن الإبراء تمليك الخ) أقول: يعني لا نسلم كون الإبراء من جنس الإسقاط بل هو من جنس سائر التمليك كما في قوله طلقي نفسك إلا أنه محل تأمل قوله: (واعترض بأن عمل الوكيل الخ) أقول: هذا الاعتراض معارضة قوله: (بل الأصل وقوع التصرف لنفس الفاعل) أقول: إذا كان المحل قابلاً له وفيما نحن فيه كذلك لكونه كفيلاً فتأمل قوله: (فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون الخ) أقول: قال الله تعالى: ﴿ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها﴾.

أميناً، ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئاً نفسه فينعدم بانعدام لازمه، وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن

من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد. الثالث أن يوكله بالخصومة غير جائز الإنكار، وفي هذا الوجه يصير وكيلاً بالإقرار، ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية؛ وعن أبي يوسف لا يصح الاستثناء. الرابع: أن يوكله بالخصومة جائز الإقرار عليه وفي هذا الوجه يصير وكيلاً بالخصومة والإقرار، حتى لو أقرّ صح إقراره على الموكل عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، ويجب أن يعلم أن التوكيل بالإقرار صحيح عندنا، ولا يصير الموكل مقراً بنفس التوكيل عندنا، ذكر محمد المسألة في باب الوكالة بالصلح. الخامس: أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار والإنكار، ولا رواية في هذا الوجه عن أصحابنا، وقد اختلف المتأخرون فيه: بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل أصلاً لأن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة، وجواب الخصومة إقرار وإنكار، فإذا استثنى كلاهما لم يفوّض إليه شيئاً. وحكي عن القاضي الإمام صاعداً النيسابوري أنه قال: يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلاً بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه، وإنما يصح التوكيل بهذا القدر لأن ما هو مقصود الطالب وهو الوصول إلى حقه بواسطة إقامة البينة يحصل به، كل ذلك من الذخيرة. ثم اعلم أنه لو أقرّ الوكيل بالخصومة في حدّ القذف والقصاص لا يصح إقراره، لأن التوكيل بالخصومة جعل توكيلاً بالجواب مجازاً بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم في إقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يندرىء بالشبهات، كذا في التبيين **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه)** أي بقبض المال **(عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك)** أي لم يكن الكفيل وكيلاً في قبض المال عن الغريم **(أبداً)** أي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها، حتى لو هلك المال في يده لم يهلك على الموكل، أما بعد البراءة فلأنها لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغته فإنها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة، وأما قبل البراءة فلما ذكره بقوله **(لأن الوكيل من يعمل لغيره)** وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فإنه عامل لنفسه في إبراء ذمته **(ولو صححناها)** أي ولو صححنا الوكالة فيما نحن فيه **(صار)** أي صار الوكيل **(عاملاً لنفسه في إبراء ذمته)** لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله **(فانعدم الركن)** أي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلاً لما قلنا. فإن قيل: يشكل هذا بربّ الدين إذا وكل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين فإنه يصح نص عليه في الجامع الكبير، وإن كان المديون في إبراء نفسه ساعياً في فكاك رقبته. قلنا: ذكر شيخ الإسلام في تعليل هذه المسألة أن المديون لا يصلح وكيلاً عن الطالب بإبراء

بأمثالها، فما أداه المديون مثل مال ربّ المال لا عينه، وقد تقدم فكان تصديقه إقراراً على نفسه، ومن أقرّ على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقرّ له، فإن حضر الغائب فصدّقه فيها وإلا دفع الغريم إليه ثانياً، لأنه إذا أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لأن القول في ذلك قوله لأن الدين كان ثابتاً والمديون يدّعي أمراً عارضاً وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه، وإذا لم يثبت الاستيفاء فسد الأداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانياً ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده، لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل له فله أن ينقض، وإن ضاع في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أن الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه، ولأنه بتصديقه اعترف أنه مظلوم في هذا الأخذ: يعني الأخذ الثاني، والمظلوم لا يظلم غيره. فإن قيل: هذا الوجه يقتضي أن لا يرجع عليه إذ كانت العين في يده

قوله: **(فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة الخ)** أقول: وفي خلاصة شرح القدوري: وإذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن عن المبتاع فضمانه باطل لأنه أمين فلا يصير ضامناً انتهى، ففيما ذكره الشارح بحث. قوله: **(فما أداه المديون مثل مال رب المال لاعينه وقد تقدم)** أقول: أي في هذا الباب قوله: **(لأن القول في ذلك قوله الخ)** أقول: قوله القول اسم أن، وقوله قوله خبر أن.

قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً لما بينا. قال: **(ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه)** لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقضيه خالص

نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع فكان للمنع فيه مجال، كذا في الفوائد الظهيرية. ولئن سلمنا ذلك فنقول: إن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتدّ بالرد، فلا يرد علينا نقضاً لأن كلامنا في التوكيل لا في التمليك، كذا في النهاية وأكثر الشروح. أقول: في الجواب نظر، أما في المعنى فلأن ما ذكر شيخ الإسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد في الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال، وأما في التسليمي فلأن النقض ليس بنفس الإبراء بل بالتوكيل بالإبراء، فما معنى قولهم إن كلامنا في التوكيل لا في التمليك على أن المنقوض هاهنا ليس نفس المسألة بل دليلها المذكور فإنه جار بعينه في صورة توكيل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هناك فلا فائدة في دفع ذلك للفرق المذكور أصلاً كما لا يخفى. اللهم إلا أن يقال: مرادهم أن التوكيل بالإبراء في الصورة المذكورة تمليك حقيقة وإن كان توكيلاً صورة، وكلامنا في التوكيل الحقيقي لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة، والدليل المذكور أيضاً إنما يجري في التوكيل الحقيقي لأن كون الوكيل عاملاً لغيره إنما هو في ذلك، ويميل إلى هذا التوجيه تقرير صاحب الكافي في الجواب عن السؤال المذكور حيث قال: فإن قيل: الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع، وإن كان المديون في إبراء نفسه ساعياً في فكاك رقبته. قلنا: إنما يصح ثمة لأنه تمليك لا لأنه توكيل كما قوله طلقي نفسك انتهى فتأمل. قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافي: قلت لو كان تمليكاً لاقتصر على المجلس ولا يقتصر ا هـ. أقول: يمكن أن يعارض هذا بأنه لو لم يكن تمليكاً لما ارتد بالرد كما أشير إليه في سائر الشروح حيث قيل: إن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد فتدبر. ثم إن الإمام الزيلعي ذكر السؤال المذكور وجوابه في شرح الكنز على نهج ما ذكر في الكافي بنوع تغيير عبارة في السؤال والجواب حيث قال: فإن قيل الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح وإن كان عاملاً لنفسه ساعياً في براءة ذمته. قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله طلقي نفسك ا هـ. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه: فيه بحث، لأنه إن أراد أنه تمليك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتمليك، إلا أن يقال: إنه من قبيل المبالغة في التشبيه، وإن أراد أنه تمليك للإبراء كما في طلقي نفسك فإنه تمليك للطلاق، فالتوكيل أيضاً تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضاً ا هـ. أقول: يجوز أن يختار كل واحد من شقي ترديده. أما الأول فلسقوط منع ذلك بإقامة الدليل عليه بأنه لو لم يكن تمليكاً للدين بل كان إسقاطاً له لما ارتد بالرد، فإن الإسقاط يتلاشى لا يرتد بالرد على ما عرف، وقد أشار إليه الشراح بقولهم: الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد. وأما الثاني فلسقوط نقض ذلك بالتوكيل فإن التوكيل على ما مر في صدر كتاب الوكالة إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم فهو إنابة محضة لا تمليك شيء أصلاً. فقوله فالتوكيل أيضاً تمليك للتصرف الموكل به كما علم في الدرس السابق أيضاً ساقط جداً، إذ لم يعلم قط لا في الدرس السابق ولا في موضع آخر أن التوكيل تمليك شيء، بل هم مصرحون بكونه مقابلاً للتمليك في مواضع شتى سيما في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق. ثم قيل: ينبغي أن تصح وكالة الكفيل في مسألتنا لأنه عامل لربّ الدين قصداً، وعمله لنفسه كان واقعاً في ضمن عمله لغيره، والضمنيات قد لا تعتبر. وأجيب بأنا لا نسلم ذلك بل العمل لنفسه أصل،

باقية أيضاً. فالجواب أن العين إذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه إذا لم يحصل غرضه من التسليم، وأما إذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه قوله: (إلا أن يكون) استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني إذا ضاع في يده ولم يرجع عليه إلا إذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بأن قال له اضمن لي ما دفعت إليك عن الطالب حتى لو أخذ الطالب مني ماله أرجع عليك بما دفعته إليك أو ضمن الوكيل للمديون وقال أنا ضامن لك إن أخذ منك الطالب ثانياً أرد عليك

ماله **(فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً)** لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة، والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء **(ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده)** لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله أن ينقض قبضه **(وإن كان)** ضاع **(في يده لم يرجع عليه)** لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو

إذ الأصل أن يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره. وقيل لما استويا في جهة الأصالة ينبغي أن تبطل الكفالة بالوكالة، لأن الوكالة كانت طارئة على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة، كما إذا تأخرت الكفالة عن الوكالة فإنها تكون ناسخة للوكالة، فإن الإمام المحبوبي ذكر في الجامع الصغير أنا لوكيل بقبض الدين إذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة. وأجيب بأن الكفالة تصلح ناسخة للوكالة ومبطلة لها لا على العكس، لأن الشيء جاز أن يكون منسوخاً بما هو مثله أو فوقه لا بما هو دونه، والوكالة دون الكفالة في الرتبة لأن الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه، بخلاف الوكالة فلم يجز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وإن جاز عكسه **(ولأن قبول قوله)** أي قبول قول الوكيل **(ملازم للوكالة)** هذا دليل آخر على المسألة. تقريره أن الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل **(لكونه أميناً، ولو صححناها)** أي لو صححنا الوكالة هاهنا **(لا يقبل)** أي لم يقبل قوله **(لكونه مبرئاً نفسه)** عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله **(فينعدم)** أي التوكيل الذي هو الملزوم **(بانعدام لازمه)** الذي هو قبول قوله لأن انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده، وما كان كذلك فهو معدوم **(وهو نظير عبد مديون)** أي ما ذكر من مسألتنا نظير مسألة عبد مديون أو بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها في عبد مديون. وفي بعض النسخ: ونظيره عبد مديون **(أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته)** أي ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسراً أو معسراً **(للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب)** أي فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين **(بقبض المال عن العبد كان باطلاً)** أي كان التوكيل باطلاً **(لما بيناه)** من أن الوكيل من يعمل لغيره وهاهنا لما كان المولى ضامناً لقيمة العبد كان في مقدارها عاملاً لنفسه لأنه يبرىء به نفسه فكان التوكيل باطلاً **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن ادعى أنه وكيل الغائب)** أي وكيل فلان الغائب **(في قبض دينه فصدقه الغريم)** أي المديون **(أمر)** أي الغريم **(بتسليم الدين)** وفي بعض النسخ بتسليم المال **(إليه)** أي إلى مدعي الوكالة **(لأنه)** أي لأن تصديق الغريم إياه **(إقرار على نفسه لأن ما يقضيه خالص ماله)** أي لأن ما يقضيه المديون خالص مال المديون، إذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها كما تقدم وتقرر، فما أداه المديون مثل مال ربّ الدين لا عينه، فكان تصديقه إقراراً على نفسه، ومن أقرّ على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له **(فإن حضر الغائب)**أي ربّ الدين **(فصدقه)** أي صدق الوكيل فيها **(وإلا)** أي وإن لم يصدقه **(دفع إليه)** أي إلى ربّ الدين **(الغريم الدين ثانياً لأنه لم يثبت الاستيفاء)** أي استيفاء رب الدين حقه **(حيث أنكر الوكالة، والقول في ذلك قوله)** أي القول في إنكار الوكالة قول ربّ الدين **(مع**

ما قبضته منك على رواية التخفيف فإنه يرجع على الوكيل حينئذ، لأن المأخوذ ثانياً مضمون على ربّ الدين في زعم الوكيل والمديون لأنه غاصب في حقهما فيما يقبضه ثانياً فكأنه قال: أنا ضمان لك ما يقبضه منك فلان، وهو ضمان صحيح لإضافته إلى سبب الوجوب، وهو قبض ربّ الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه: أي يذوب في كون كل واحد منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه **(ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة)** يعني ولم يكذبه أيضاً لأنه فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا **(ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة، وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه، وكذا إذا دفعه إليه مكذباً له في)** دعوى **(الوكالة)** وهذا أي جواز الرجوع في صورة التكذيب **(أظهر)** منه في الصورتين الأوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت، لأنه إذا

قوله: **(والمظلوم لا يظلم غيره)** أقول: متمسكاً بأنه ظلم قوله: **(فإن قيل هذا الوجه الخ)** أقول: أنت خبير بأن الظلم في التضمين بعد الهلاك في يده لا في الاسترداد حال قيامه إذ لا ملك ولا حق للوكيل، ولعل مآل ما ذكره الشارح إلى هذا.

مظلوم في هذا الأخذ، والمظلوم لا يظلم غيره. قال: (**إلا أن يكون ضمنه عند الدفع**) لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه في زعمهما، وهذه كفالة أُضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان، ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه، فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه، وكذا إذا دفعه إليه على

يمينه) لأن الدين كان ثابتاً والمديون يدعي أمراً عارضاً وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل وربّ الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه، وإذا لم يثبت الاستيفاء (**فيفسد الأداء**) أي يفسد الأداء إلى مدعي الوكالة، وأداء الدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانياً إلى ربّ الدين (**ويرجع به**) أي ويرجع المديون بما دفعه أوّلاً (**على الوكيل**) أي على مدعي الوكالة (**إن كان باقياً في يده**) أي إن كان ما دفعه إلى الوكيل باقياً في يده (**لأن غرضه**) أي غرض المديون (**من الدفع**) أي من الدفع إلى الوكيل (**براءة ذمته**) من الدين (**ولم تحصل**) أي لم تحصل البراءة (**فله أن ينقض قبضه**) أي فللمديون أن ينقض قبض الوكيل (**وإن كان ضاع**) أي إن كان من دفعه إلى الوكيل ضاع (**في يده لم يرجع**) أي المديون (**عليه**) أي على الوكيل (**لأنه**) أي المديون (**بتصديقه**) أي بتصديق الوكيل (**اعترف أنه**) أي الوكيل (**محق في القبض**) والمحق في القبض لا رجوع عليه (**وهو**) أي المديون (**مظلوم في هذا الأخذ**) أي في الأخذ الثاني، وهذه الجملة أعني قوله وهو مظلوم في هذا الأخذ معطوف على ما في حيز أنّ في قوله اعترف أنه محق في القبض؛ فالمعنى أن المديون بتصديق الوكيل اعترف أيضاً أنه زعم أنه مظلوم في هذا الأخذ الثاني (**والمظلوم لا يظلم غيره**) فلا يأخذ المديون من الوكيل بعد الإهلاك. قال صاحب العناية: فإن قيل: هذا الوجه يقتضي أن لا يرجع عليه إذا كانت العين في يده باقية أيضاً. فالجواب أن العين إذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه إذا لم يحصل غرضه من التسليم، وأما إذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى. أقول: لقائل أن يقول: إن المحق في القبض كما لا يرجع عليه ابتداء لا يتيسر نقض قبضه أيضاً بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وإن المظلوم كما لا يجوز له أن يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له أن يتوسل إليه بوسيلة كنقض القبض هاهنا فلا يتم الجواب المذكور. فالجواب الواضح أن الوكيل وإن كان محقاً في القبض على زعم المديون إلا أن قبضه لم يكن لنفسه أصالة، بل كان لأجل الإيصال إلى موكله بطريق النيابة، فلم يكن ما قبضه ملك نفسه، فإذا أخذ الدائن من المديون ثانياً ولو كان ظلماً في زعم المديون لم يبق للوكيل حق إيصال ما قبضه إلى الموكل لوصول حق الموكل إلى نفسه من الغريم، فإن كان عين ما قبضه الوكيل باقياً في يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلماً له أصلاً لأن ما قبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضاً لأجل الإيصال إلى موكله؛ وإذا لم يبق له حق الإيصال إلى الموكل فللمديون نقض قبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضاً لأجل الإيصال إلى موكله؛ وإذا لم يبق له حق الإيصال إلى الموكل فللمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع إليه، بخلاف ما إذا كان عين ما قبضه هالكاً، فإن ما قبضه وإن لم يكن ملك نفسه إلا أن يده كانت يد أمانة على زعم المديون حيث صدقه في الوكالة، وتضمين الأمين ظلم لا يخفى. ثم إن الإمام الزيلعي قال في التبيين: ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلاً وله ألف آخر

كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب. وقوله (**لما قلنا**) إشارة إلى قوله وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة، لكنه دليل الرجوع لا دليل الأظهرية (**وفي الوجوه كلها**) أي الأربعة المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين، ودفعه بالتصديق مع التضمين، ودفعه ساكتاً من غير تصديق ولا تكذيب، ودفعه مع التكذيب (**ليس للغريم أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب، لأن المؤدي صار حقاً للغائب، إما ظاهراً**) وهو في حالة التصديق (**أو محتملاً**) وهو في حالة التكذيب. وقيل ظاهراً إن كان الوكيل ظاهر العدالة، أو محتملاً إن كان فاسقاً أو مستور الحال (**فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة**) فإنه (**لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة، ولأن من باشر تصرفاً لغرض ليس له أن ينقضه ما**

تكذيبه إياه في الوكالة، وهذا أظهر لما قلنا، وفي الوجوه كلها ليس له أن يستردّ المدفوع حتى يحضر الغائب لأن المؤدي صار حقاً للغائب، إما ظاهراً أو محتملاً فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة، ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه. ومن قال

دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما الألف العين نصفين فادّعى الذي عليه الدين أن الميت استوفى منه الألف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه أن المكذب ظلمه في الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذ المكذب. وذكر في الأمالي أنه لا يرجع، لأن الغريم زعم أنه بريء عن جميع الألف، إلا أن الابن الجاحد ظلمه، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره، وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضي من التركة. وجه الظاهر أن المصدق أقرّ على أبيه بالدين، لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين، لأن الديون تقضى بأمثالهما فإذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة إلا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة ديناً على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالإرث حتى يستوفي، لأن الدين مقدم على الإرث، إلى هنا كلامه فتأمل **(قال)** أي المصنف في البداية **(إلا أن يكون ضمنه عند الدفع)** هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه: يعني إذا ضاع في يده لم يرجع عليه، إلا أن يكون ضمنه عند الدفع، وهذا اللفظ مرويّ بالتشديد والتخفيف، ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مسنداً إلى المديون والضمير البارز راجعاً إلى الوكيل، وفي التخفيف على العكس، فإن معنى التشديد هو أن يجعل المديون الوكيل ضامناً عند دفع المال إلى الوكيل بأن يقول له اضمن لي ما دفعته إليك عن الطالب، حتى لو أخذ الطالب مني ماله آخذ منك ما دفعته إليك، ومعنى التخفيف هو أن يقول الوكيل للمديون أنا ضامن لك إن أخذ منك الطالب ثانياً فأنا أرد عليك ما قبضته منك. وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل **(لأن المأخوذ)** منه **(ثانياً مضمون عليه)** أي على رب الدين **(في زعمهما)** أي في زعم الوكيل والمديون، لأن ربّ الدين في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانياً **(وهذه)** أي هذه الكفالة **(كفالة أضيفت إلى حالة القبض)** أي إلى حالة قبض ربّ الدين ثانياً **(فتصح)** أي فتصح هذه الكفالة **لإضافتها إلى سبب الوجوب** وهو قبض ربّ الدين فصارت **(بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان)** أي بما يذوب: أي يجب له عليه، وهذا ماض أريد به المستقبل، وقد مرّ تقريره في كتاب الكفالة، فوجه المشابهة بين

لم يقع اليأس عن حصول غرضه) لأنّ سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود، وقد تقدم. ولم يذكر المصنف رحمه الله أن الغريم إذا أنكر الوكالة هل يستحلف أو لا. قال الخصاف رحمه الله: لا يحلف على قول أبي حنيفة رحمه الله ويحلف على قولهما لأنه ادّعى عليه ما لو أقرّ به لزمه فإذا أنكره يحلف لكنه على العلم لأنه على فعل الغير، وله أن الاستحلاف ينبني على دعوى صحيحة، وما لم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف، وكذا لم يذكر ما إذا أقرّ بالوكالة وأنكر الدين، والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلافاً لهما بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد تثبت الوكالة في حقه بإقراره **(ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه إقرار بمال الغير)** بحق القبض فإنه أقرّ ببقاء الوديعة على ملك المودع، والإقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح **(بخلاف الدين)** على ما مر أن الديون تقضى بأمثالها فكان إقراره إقراراً على نفسه بحق المطالبة، فإن دفعها إليه فحضر الغائب وأنكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع أولاً، فهو على الوجوه المذكورة إن دفعها إليه مصدقاً لا يرجع وإن صدقه وضمنه أو سكت أو كذبه فدفعها إليه يرجع إن لم تكن العين في يده باقية وإن كانت باقية أخذها لأنه ملكها بالضمان، وأما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر **(ولو ادّعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى)** أي لأن مال الوديعة لا يبقى **(مال المودع بعد موته)** وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رحمهما الله

قوله: **(إما ظاهراً وهو في حالة التصديق أو محتملاً وهو في حالة التكذيب)** أقول: وفي حالة السكوت.

إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه أقرّ له بمال الغير، بخلاف الدين؛ ولو ادّعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له ولا وارث له غيره، وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى ماله بعد موته، فقد

المسألتين كون كل واحدة منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه **(ولو كان الغريم لم يصدقه)** أي لم يصدق الوكيل **(على الوكالة)** يعني ولم يكذبه أيضاً بل كان ساكتاً، لأن فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا **(ودفعه إليه)** أي دفع المال إلى الوكيل **(على ادعائه)** أي بناء على مجرد دعوى الوكيل **(فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه)** أي الغريم **(لم يصدقه)** أي الوكيل **(على الوكالة، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة)** أي على رجاء أن يجيزه صاحب المال **(فإذا انقطع رجاؤه)** أي رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه **(رجع عليه)** أي رجع الغريم أيضاً على الوكيل **(وكذا إذا دفعه إليه)** أي وكذا الحكم إذا دفع الغريم المال إلى الوكيل **(على تكذيبه)** أي على تكذيب الغريم **(إياه)** أي الوكيل **(في الوكالة)** أي في دعوى الوكالة **(وهذا)** أي جواز رجوع المديون على الوكيل في صورة التكذيب **(أظهر)** أي أظهر من جواز رجوعه عليه في الصورتين الأوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت، لأنه لما رجع عليه في تينك الصورتين مع أنه لم يكذبه فيهما فلأن يرجع عليه في هذه الصورة وقد كذبه فيها أولى بالطريق لأنه إذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع به على الغاصب قطعاً **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الأظهرية كما لا يخفى **(وفي الوجوه كلها)** يعني الوجوه الأربعة المذكورة وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين، ودفعه بالتصديق مع التضمين، ودفعه ساكتاً من غير تصديق ولا تكذيب، ودفعه مع التكذيب **(ليس له)** أي ليس للغريم **(أن يستردّ المدفوع حتى يحضر الغائب، لأن المؤدي صار حقاً للغائب، إما ظاهراً)** وهو في حالة التصديق **(أو محتملاً)** وهو في حالة التكذيب، كذا في عامة الشروح. أقول: الحق في بيان قوله أو محتملاً أن يقال وهو في حالة التكذيب وحالة السكوت ليتناول كلامه الوجوه المذكورة كلها. وقيل ظاهراً إن كان الوكيل ظاهر العدالة، أو محتملاً إن كان فاسقاً أو مستور الحال **(فصار)** أي صار الحكم في الوجوه كلها **(كما إذا دفعه)** أي كما إذا دفع الغريم المال **(إلى فضولي على رجاء الإجازة)** من صاحب المال فإن الدافع هناك **(لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة)** فكذا هاهنا **(ولأن من باشر التصرّف لغرض)** عطف على قوله لأن المؤدي صار حقاً للغائب **(ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه)** أي عن حصول غرضه لأن سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود كما إذا كان الشفيع وكيل المشتري ليس له الشفعة لأنه لو كان له الشفعة كان سعياً في نقض ما تم من جهته وهو البيع، ولم يذكر المصنف أن الغريم إذا أنكر الوكالة هل يحلف أو لا؟ قال الخصاف: لا يحلف على قول أبي حنيفة، ويحلف على قولهما لأنه ادّعى عليه ما لو أقرّ به لزمه فإذا أنكره يحلف، لكنه على العلم لأنه على فعل

نصب ماله ووجهه بكونه حالاً كما في كلمته فاه إلى في: أي مشافها، ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوباً إليه ومملوكاً له وتبعه غيره من الشارحين، ورأى أنه ضعيف لأن الحال مقيد للعامل، فكلمته يجوز أن يكون مقيداً بالمشافهة: أي كلمته في حال المشافهة. وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالاً مملوكاً له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر، والظاهر في إعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى: أي لأن المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث، **(فقد اتفقا على أنه مال الوارث)** فلا بد من الدفع إليه **(ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه، لأن المودع ما دام حياً كان إقرار المودع)** إقراراً **(بملك الغير لكونه من أهل الملك فلا يصدقان في دعوى البيع عليه)** ولقائل أن

قوله: **(فإن دفعها إليه فحضر الغائب)** أقول: يعني إن دفع الوديعة الخ قوله: **(إن لم تكن العين الخ)** أقول: قوله إن لم تكن ناظر إلى قوله لا يرجع وإلى قوله يرجع معاً قوله: **(وأما الاسترداد، إلى قوله: لما مر)** أقول: فيه بحث مذكور وجهه في شرح الكنز للزيلعي في فصل القضاء بالمواريث فراجعه.

اتفقا على أنه مال الوارث. ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه ما دام

الغير. وله أن الاستحلاف ينبني على دعوى صحيحة، وما لم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف، وكذا لم يذكر ما إذا أقرّ بالوكالة وأنكر الدين، والحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافاً لهما بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده، وقد تثبت الوكالة في حقه بإقراره، كذا في العناية أخذاً من النهاية. وذكر في الكافي أنه إن دفع الغريم المال إلى الوكيل ثم أقام البينة على أنه ليس بوكيل أو أقام البينة على إقراره أن الطالب ما وكله لا تقبل، ولو أراد أن يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لأن كل ذلك ينبني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعياً في نقض ما أوجبه للغائب، فإن أقام الغريم البينة على أن الطالب جحد الوكالة وقبض المال مني تقبل لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على إثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل ضرورة، وجاز أن يثبت الشيء ضمناً وضرورة ولا يثبت مقصوداً ا هـ **(ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه)** هذا لفظ القدوري في مختصره، علله المصنف بقوله **(لأنه)** أي المودع بفتح الدال **(أقرّ له)** أي للوكيل **(بمال الغير)** وهو المودع بكسر الدال، فإنه أقرّ ببقاء الوديعة على ملك المودع، والإقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح **(بخلاف الدين)** حيث يؤمر المديون بالتسليم إلى الوكيل الذي صدقه في وكالته على ما مر، فإن الديون تقضى بأمثالها فكان إقرار المديون إقراراً على نفسه بحق المطالبة والقبض، كذا ذكره الإمام قاضيخان. ثم إن الوجوه الأربعة المذكورة في الوكيل بقبض الدين واردة في الوكيل بقبض الوديعة أيضاً؛ فإنه قال في المبسوط: وإذا قبض رجل وديعة رجل فقال ربّ الوديعة ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض إن كان عنده بعينه لأنه ملكه بأداء الضمان، وإن قال هلك مني أو دفعته إلى الموكل فهو على التفصيل الذي قلنا إن صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء، وإن كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه كان له أن يضمنه لما قلنا ا هـ. وذكر في الفوائد الظهيرية في فصل الوديعة إذا لم يؤمر بالتسليم، ومع هذا سلم ثم أراد الاسترداد هل له ذلك؟ ذكر شيخ الإسلام علاء الدين في شرح الجامع الصغير أنه لا يملك الاسترداد لأنه ساع في نقض ما أوجبه. وقال أيضاً: وإذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن؟ قيل لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع، والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله ا هـ **(ولو ادعى)** أي ولو ادعى أحد، وفي بعض النسخ: فلو ادعى ذكر المصنف هذه

يقول: قد تقدم هاتان المسألتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكراراً. ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء، وهاهنا باعتبار الدعوى، ولهذا صدّرهما هاهنا بقوله ولو ادعى، وهنالك بقوله ومن أقرّ ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لأن إيرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة. قال **(فإن وكل وكيلاً بقبض دينه)** ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلاً بذلك المال وأقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فإنه يقال له ادفع المال ثم اتبع ربّ المال فاستحلفه. قال المصنف **(لأن الوكالة قد ثبتت)** يعني بالبينة لأن وضع المسألة كذلك **(والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق)** إلى تحليف رب الدين **(ثم يتبع الغريم ربّ الدين فيستحلفه رعاية لجانبه)** فإن حلف مضى الأداء، وإن نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض **(ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب)** والنيابة لا تجري في الأيمان، وقال زفر رحمه الله: أحلفه على العلم، فإن نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته، لأن الوكيل لو أقرّ بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه. والجواب أن الغريم يدعي حقاً على الموكل لا على الوكيل

قوله: **(وأما قوله لا يبقى إلى قوله والظاهر في إعرابه الرفع)** أقول: فيه بحث، فإن استقامة المعنى مما لا يمكن إنكاره، والنفي متوجه إلى القيد على ما هو الأصل، بل من رفع لا يستغنى عن ملاحظة ذلك المعنى أيضاً لظهور أن المال عينه باق وغير الباقي منسوبيته إليه وتلك من أحوال ذلك المال قوله: **(أي لأن المودع الخ)** أقول: أو لأن الشأن.

حياً كان إقراراً بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه. قال: **(فإن وكل وكيلاً يقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع المال إليه)** لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا

المسألة تفريعاً على مسألة القدوري **(أنه)** الضمير للشأن **(مات أبوه)** أي أبو المدعي **(وترك الوديعة ميراثاً له)** أي للمدعي **(ولا وارث له)** أي للميت **(غيره)** أي غير المدّعي **(وصدقه المودع أمر بالدفع إليه)** أي أمر المودع بدفع الوديعة إلى ذلك المدعي. أقول: من العجائب هاهنا أن الشارح العيني قال في تفسير هذه المسألة: أي فلو ادعى من قال إني وكيل أنه أي إن فلاناً مات أبوه الخ. ولا يخفى على من له أدنى مسكة أن هذه المسألة مسألة الوراثة ذكرت تفريعاً على مسألة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما في الحكم، وأنه لا مجال لأن يكون الضمير المستكن في ولو ادعى أو فلو ادعى راجعاً إلى من قال إني وكيل، لأن المودع لا يؤمر بالتسليم إلى مدعي الوكالة أصلاً. قال المصنف في تعليل هاتيك المسألة **(لأنه)** أي لأن مال الوديعة **(لا يبقى ماله)** أي لا يبقى مال المودع **(بعد موته)** أي بعد موت المودع. قال صاحب النهاية: ماله بالنصب، وقال هكذا كان معرباً بإعراب شيخي: أي لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته: أي منسوباً إليه ومملوكاً له، فكان انتصابه على تأويل الحال كما في كلمته فاه إلى فيّ: أي مشافهاً ا هـ. وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ما في النهاية بعينه: ويجوز الرفع. وقال صاحب غاية البيان: قوله لا يبقى ماله بالنصب على أنه حال كما في قوله كلمته فاه إلى فيّ: يعني لا يبقى مال الوديعة مال أبيه بعد موت أبيه ا هـ. وقال صاحب العناية: وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه بكونه حالاً كما في كلمته فاه إلى فيّ: أي مشافهاً، ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوباً إليه ومملوكاً له وتبعه غيره من الشارحين. ورأى أنه ضعيف لأن الحال مقيد للعامل، فكلمته يجوز أن يكون مقيداً بالمشافهة: أي كلمته في حال المشافهة. وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالاً مملوكاً له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر، والظاهر في إعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى: أي لأن المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث ا هـ كلامه. أقول: فيه نظر. أما أوّلاً فلأنه قد تقرر في علم البلاغة أنه يجوز في أمثال هذا التركيب أن يعتبر القيد أوّلاً فيؤول المعنى إلى نفي القيد، وأن يعتبر النفي أوّلاً فيؤول المعنى إلى تقييد النفي ويتعين كل واحد من الاعتبارين بقرينة تشهد له، فإن أراد بقوله وأما قوله لا يبقى مال المودع حال كونه مالاً مملوكاً له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الأول فممنوع، إذ لا يخفى أن نفي بقاء مملوكية مال الوديعة للمودع وانتسابه إليه بعد موته معنى ظاهر مقبول، وإن أراد بذلك أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثاني فمسلم، لكن المراد هاهنا هو الاعتبار الأول كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنه على تقدير رفع ماله على أنه فاعل لا يبقي يصير المعنى لا يبقى عين ماله بعد موته، وليس هذا بمعنى صحيح إذ المال باق بعينه بعد موته وإنما المنتفي بعد موته مملوكيته وانتسابه إليه، وذلك من أوصاف المال وأحواله يفهم من النصب على الحالية، ولا يفهم من الرفع على الفاعلية،

فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الأيمان، بخلاف الوارث يحلف أن لا يعلم استيفاء مورثه لأن الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالأصالة. قال: **(وإن وكيله بعيب في جارية الخ)** إذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضا المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشتري، بخلاف ما مرّ من مسألة الدين لأن التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكول الموكل، وأما هاهنا فغير ممكن لأن العقد ينفسخ بالقضاء، والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند أبي حنيفة لأن القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً وإن ظهر الخطأ بالنكول، وعلى هذا لا يحلف

قوله: **(فكان ذكرهما تكراراً)** أقول: والأولى أن يقال ذكرهما استطرادي تفريعاً على مسألة القدوري ولهذا لم يذكرهما في البداية فليتأمل قوله: **(ومن أقر)** أقول: أي بمعناه.

يؤخر الحق. قال: (ويتبع رب المال فيستحلفه) رعاية لجانبه، ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب. قال: (وإن وكله

اللهم إلا أن يدعي أنه يؤخذ من إضافة المال إلى الضمير الراجع إلى المودع لكنه بعيد جداً، فالظاهر في إفادة المعنى المقصود هو النصب كما لا يخفى. ثم إن الشارح العيني قد زاد في الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما في النهاية وما في العناية: والصواب هو الرفع على ما قاله الأكمل. وقد فاته شيء آخر، وهو أن من شرط الحال أن تكون من المشتقات والمال ليس منها، إلا أنه يجوز بالتأويل. ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في أنه نصب على الحال إنه حال على تأويل متموّلاً: أي لا يبقى الميت بعد موته متمولاً لكان أوجه ا هـ. قول: ليس ما زاده بشيء، أما قوله إن من شرط الحال أن تكون من المشتقات فممنوع؛ ألا يرى إلى قول ابن الحاجب. وكل ما دل على هيئة صح أن يقع حالاً مثل هذا بسر أطيب منه رطباً. ولئن سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالاً بالتأويل بالمشتق مما لم ينكره أحد من النحاة، وقد اعترف به نفسه أيضاً حيث قال: إلا أنه يجوز بالتأويل، وقد بيّن صاحب النهاية التأويل هاهنا حيث قال منسوباً إليه مملوكاً له، فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغواً من الكلام. وأما قوله ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في أنه نصب على الحال إنه حال على تأويل متموّلاً: أي لا يبقى الميت بعد موته متموّلاً لكان أوجه فمما لا ينبغي أن يتفوّه به العاقل لأن المتموّل إنما هو المالك لا المال قطعاً فكيف يتصوّر تأويل المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له، بل على تقدير إرجاع ضمير لا يبقى إلى الميت لا يبقى له ارتباط بالمقام كما لا يخفى على ذوي الأفهام **(فقد اتفقا)** أي مدعي الوراثة والمودع. وقال العيني: أي الذي ادعى الوكالة والمودع. أقول: هذا بناء على ضلاله السابق وقد عرفت حاله **(على أنه)** متعلق باتفقا: أي فقد اتفقا على أن مال الوديعة **(مال الوارث)** فلا بد من الدفع إليه قال صاحب التسهيل: أقول فيه إقرار على الغير بالموت فينبغي أن لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضي انتهى فتأمل **(ولو ادعى)** أي ولو ادعى أحد **(أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر)** أي لم يؤمر المودع **(بالدفع إليه)** أي إلى مدعي الشراء، وهذه المسألة أيضاً ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة القدوري ولهذا لم يذكرها في البداية، وقال في تعليلها **(لأنه)** أي لأن صاحب الوديعة **(ما دام حياً كان إقراراً بملك الغير: أي كان إقرار المودع لمدعي الشراء إقراراً بملك الغير)** وهو صاحب الوديعة **(لأنه)** أي الحيّ **(من أهله)** أي من أهل الملك **(فلا يصدقان)** أي مدعي الشراء والمودع المصدق إياه **(في دعوى البيع عليه)** أي على صاحب الوديعة، قال صاحب العناية: ولقائل

المشتري عنده بعد ذلك لأنه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة. واعترض بأن الوكيل إذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لأن القاضي نقض البيع فإنه لا يلتفت إلى قول البائع، ولو كان القضاء ماضياً على الصحة لم ترد الجارية على المشتري. وأجيب بأن الرد مذهب محمد، فأما على قول أبي حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية. سلمنا أن هذا قول الكل، لكن النقض هاهنا لم يوجبه دليل، وإنما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما في الآخرة على وجود الرضا

قوله: **(لأن الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة الخ)** أقول: مقصوده دفع الاعتراض المذكور في النهاية، ونص عبارته: فإن قيل لا نسلم أن الوكالة قد ثبتت فبأي دليل يعلم ثبوت الوكالة، ولو قيل بسبب ادعاء المديون أن صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلاً على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لأن الدين إذا كان مستوفي من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلاً لا محالة، فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى؟ قلنا: لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفاً بأصل الحق ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها إقرار بالدين عنه دعوى المدعي ذلك، فلما ثبت الدين بإقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضي عليه بالإيفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء فكذا عند دعوى وكيله لأن الوكيل قائم مقام الموكل انتهى. وكذا قرر الزيلعي تبعاً لصاحب النهاية، لكن الحق ما في شرح الإتقاني والأكمل نقلاً عن الجامع الصغير أن المراد تثبت بالبينة، ثم لا يخفى عليك أن جواب صاحب النهاية لا يخلو من بحث.

بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) بخلاف مسألة الدين لأن التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله، وهاهنا غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه، ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لا

أن يقول: قد تقدم هاتان المسألتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكراراً. ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وهاهنا باعتبار الدعوى، ولهذا صدّرهما هاهنا بقوله ولو ادعى وهناك بقوله ومن أقرّ، ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لأن إيرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة إلى هاهنا كلامه. أقول: تضعيفه ساقط لأن ذكر المسألة المتقدمة عليهما وهي مسألة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرهما عقيبها، لأن ذكرها لما أوقع في ذهن السامع أن الحكم فيهما أيضاً كالحكم فيها أم لا ذكرهما المصنف عقيبها في بابها على سبيل التفريع عليها إزالة للاشتباه ببيان الفرق بينها وبين إحداهما وبيان الاشتراك في الحكم مع الأخرى فكان إيرادهما في هذا الباب قريب المناسبة **(قال)** أي محمد في بيوع الجامع الصغير **(فإن وكل وكيلاً بقبض ماله)** أي إن وكل رجل وكيلاً بقبض مال له على غريمه **(فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه)** أي فإن الغريم **(يدفع المال إليه)** أي يؤمر بدفع المال إلى الوكيل. قال المصنف في تعليله **(لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه)** أي بمجرد دعوى الغريم بلا حجة **(فلا يؤخر الحق)** أي حق القبض إلى تحليف ربّ الدين. قال صاحب النهاية: فإن قيل: لا نسلم أن الوكالة قد ثبتت فبأيّ دليل يعلم ثبوت الوكالة؟ ولو قيل بسبب ادعاء المديون أن صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلاً على صحة ثبوت الوكالة، بل هو دليل على عدم صحة الوكالة، لأن الدين إذا كان مستوفي من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلاً لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى؟ قلنا: لما ادّعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفاً بأصل الحق؛ ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها إقرار بالدين عند دعوى المدعي ذلك، فلما ثبت الدين بإقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالإيفاء، كما لو ادعى استيفاء ربّ الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء، فكذا عند دعوى وكيله لأن الوكيل قائم مقام الموكل ا هـ. أقول: جوابه منظور فيه، إذ لا كلام في أن ادعاء الغريم استيفاء ربّ الدين دينه يتضمن الاعتراف بأصل الحق، وإنما الكلام في أن الوكالة بأيّ دليل ثبتت، ومجرد عدم إنكار الوكالة لا يقتضي الاعتراف بثبوتها، ألا يرى أنه لو سكت أو تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد مقرّاً للوكالة، فكيف إذا تكلم بما يشعر بإنكار الوكالة، وقد أشار إليه السائل بقوله: بل هو دليل على عدم صحة الوكالة إلى قوله: فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى، فكأنّ الغريم قال أنت لا تصلح للوكالة أصلاً بعد استيفاء صاحب المال حقه فضلاً عن أن تقع وكيلاً عنه تدبر. وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال في بيان المسألة: ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلاً بذلك المال وأقام الوكيل البينة

من المشتري، وفي مثله لا ينقذ القضاء باطناً كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمة نص بخلافه، وقالوا هذا أصح، فأما عندهما فقد قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا: أي على هذا الأصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية، ولا يؤخر إلى تحليف المشتري لأن عدم التأخير إلى تحليف ربّ الدين إنما كان لكون التدارك ممكناً عند ظهور الخطأ وذلك موجود في صورة الجارية لأن قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهراً لا باطناً، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردّت الجارية على المشتري فلا يؤخر إلى التحليف. وقيل الأصح عند أبي يوسف أن يؤخر في

قال المصنف: **(ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب)** أقول: ذكر في الشروح أن الوكيل لا يستحلف على العلم قوله: **(لأن الوكيل لو أقر بذلك)** أقول: يعني لو أقر بالاستيفاء.

يفيد، وأما عندهما قالوا: يجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر، لأن التدارك ممكن عندهما

عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فإنه يقال له ادفع المال ثم ادفع ربّ المال فاستحلفه. ثم قال في شرح قول المصنف لأن الوكالة قد ثبتت: يعني بالبينة، لأن وضع المسألة كذلك انتهى. أقول: لقائل أن يقول: لو كان مدار قول المصنف لأن الوكالة قد ثبتت بل مدار نفس جواب هذه المسألة على اعتبار قيد إقامة الوكيل البينة على الوكالة في وضع هذه المسألة لما وسع للمصنف في بدايته وهدايته ولعامة المشايخ في تصانيفهم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسألة، ولا ينبغي أن يدعي كون تركهم إياه بناء على ظهور اعتباره، كيف وقد ذهب اعتبار ذلك على كثير من الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما، حتى ذهبوا إلى توجيه آخر في دفع السؤال المذكور، فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغني عن ذكره في عامة الكتب لما خفي على مثل هؤلاء الأجلاء **(قال ويتبع)** أي يتبع الغريم **(رب المال فيستحلفه)** أي فيستحلف الغريم ربّ المال على عدم الاستيفاء **(رعاية لجانبه)** أي جانب الغريم، فإن حلف مضى الأداء، وإن نكل يتبع الغريم القابض فيستردّ ما قبضه **(ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب)** والنيابة: لا تجري في الأيمان. وقال زفر رحمه الله: أحلفه على العلم، فإن نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لأن الوكيل لو أقرّ بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه. والجواب أن الغريم يدعي حقاً على الموكل لا على الوكيل، فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الأيمان، بخلاف الوارث حيث يحلف على أنه لا يعلم استيفاء مورثه لأن الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالأصالة، كذا في الشروح أخذاً من الإيضاح **(قال)** أي محمد في بيوع الجامع الصغير **(وإن وكله بعيب في جارية)** أي إن وكله بردّ جارية بسبب عيب **(فادعى البائع رضا المشتري)** أي رضاه بالعيب **(لم يرد عليه)** أي لم يردّ الوكيل على البائع **(حتى يحلف المشتري)** يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف على أنه لم يرض بالعيب **(بخلاف ما مر من مسألة الدين)** حيث يؤمر الغريم بدفع الدين إلى الوكيل قبل تحليف ربّ الدين. قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل بدون تحليف الوكيل. أقول: ليس هذا بمعنى المقام قطعاً، إذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل في الفرق بين المسألتين، فإن الوكيل لا يحلف في شيء منهما أصلاً. ثم اعلم أنه ذكر في المبسوط الفرق بين مسألة الدين ومسألة العيب من وجهين: أحدهما أن في الدين حق الطالب ثابت بيقين، إذ ليس في دعوى الاستيفاء والإبراء ما ينافي ثبوت أصل حقه، لكنه يدعي الاستيفاء بعد تقرر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط. وأما في العيب فإن علم المشتري بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه في الرد أصلاً، فالبائع لا يدعي مسقطاً بل يزعم أن حقه في الردّ لم يثبت أصلاً، فلا بد من أن يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من

الفصلين لأنه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري إن كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له إن كان غائباً. قال **(ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها الخ)** ومن دفع إلى آخر عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذي أنفقه من ماله بمقابلة العشرة الذي أخذه من الموكل لا يكون متبرعاً فيما أنفق. قيل: هذا استحسان. ووجهه أن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء، والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما أدّى من الثمن، وقد قررناه: يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية، وهذا أي ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق كذلك، لأن الوكيل بشراء ما يحتاج إليه الأهل قد يضطر إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال المتوكل معه في تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدي ثمنه من مال نفسه، فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال، وفي القياس ليس له ذلك، ويصير متبرعاً فيما أنفق ويردّ الدراهم المأخوذة من الموكل عليه، وإن استهلكها ضمن لأن الدراهم تتعين في الوكالات، حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت الوكالة، فإذا أنفق من مال

قوله: **(واعترض بأن الوكيل إذا ردها الخ)** أقول: بقضاء القاضي على خلاف قول أبي حنيفة

لبطلان القضاء. وقيل الأصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر. قال: **(ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله**

الرد عليه. والثاني: أن الردّ بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد، والعقد إذا انفسخ لا يعود، فلو أثبتنا له حق الردّ تضرر به الخصم في انفساخ عقده عليه، وأما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقده، فإذا حضر الموكل فأبى أن يحلف يتوصل المطلوب إلى قضاء حقه فلهذا أمر بقضاء الدين، وهذا الوجه الثاني من الفرق هو الذي أراده المصنف بقوله **(لأن التدارك ممكن هنالك)** أي في مسألة الدين **(باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله)** أي نكول الموكل عن اليمين، إذ القضاء لم ينفذ باطناً لأنه ما قضى إلا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالأملاك المرسلة، كذا في الكافي والكفاية **(وهاهنا)** أي في مسألة الرد بالعيب، وفي بعض النسخ: وفي الثانية أي وفي المسألة الثانية وهي مسألة الرد بالعيب **(غير ممكن)** أي التدارك غير ممكن **(لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة كما هو مذهبه)** لأن القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً عنده كما مر في كتاب القضاء، وفي كتاب النكاح أيضاً **(ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك)** أي بعد أن مضى القضاء بالفسخ على الصحة **(لأنه)** أي لأن الاستحلاف **(لا يفيد)** فإنه لما مضى الفسخ ولا يردّ بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة قطعاً. قال صاحب معراج الدراية في تفسير قول المصنف بعد ذلك: أي بعد نكول الموكل، وتبعه الشارح العيني: أقول: هذا تفسير فاسد، إذ يصير معنى المقام حينئذ ولا يستحلف المشتري عنده بعد نكول المشتري، وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن. وفي الذخيرة: وإن لم يكن للبائع بينة على رضا الآمر بالعيب وردّ الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الآمر وادعى الرضا وأراد أخذ الجارية فأبى البائع أن يدفعها وقال نقض القاضي البيع فلا سبيل لك، فإن القاضي لا يلتفت إلى قول البائع ويردّ الجارية على الآمر، لأن الآمر مع البائع تصادقا على أن الجارية ملك الآمر لأن البائع ادّعى رضا الآمر بالعيب ولزوم الجارية إياه وصدقه الآمر في ذلك فاستند التصديق إلى وقت الإقرار، ويثبت بهذا التصادق أن القاضي أخطأ في قضائه بالرد وأن قضاءه بالرد نفذ ظاهراً لا باطناً فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر في الباطن فكان للآمر أن يأخذها. بعض مشايخنا قالوا: هذا على قول محمد، وأما على قول أبي حنيفة لا سبيل للآمر على الجارية، وبعضهم قالوا: هذا قول الكل وهو الأصح. ووجهه أن نقض القاضي هاهنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض، وإنما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه، وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطناً كما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمة نص بخلافه انتهى. وهكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير أيضاً، ونقل في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب، ثم إن صاحب العناية ذكر ذلك هاهنا على وجه الاعتراض والجواب حيث قال: واعترض بأن الوكيل إذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لأن القاضي نقض البيع فإنه لا يلتفت إلى قول البائع، ولو كان القضاء ماضياً على الصحة لم تردّ الجارية على المشتري. وأجيب بأن الرد مذهب محمد، فأما على قول أبي حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية. سلمنا أن هذا قول الكل، لكن النقض هاهنا لم يوجبه دليل، وإنما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه

نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرّعاً. وقيل: القياس والاستحسان في قضاء الدين، وهو أن يدفع المديون إلى رجل ألفاً ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فإنه في القياس متبرّع، حتى إذا أراد المأمور أن يحبس

قوله: **(وقالوا هذا أصح)** أقول: أي كونه قول الكل أصح قوله: **(في الفصلين الخ)** أقول: قوله في الفصلين متعلق بقوله يتحد في قوله يجب أن يتحد الجواب الخ.

فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه) وقد قررناه

بتصادقهما في الآخرة على وجود الرضا من المشتري، وفي مثله لا ينفذ القضاء باطناً كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمة نص بخلافه، وقالوا: هذا أصح انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأن ما ذكره في الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقوّيه لأنه إذا جاز نقض القضاء هاهنا عند أبي حنيفة أيضاً بأيّ سبب كان تعين أن القضاء بالفسخ هاهنا لم يكن ماضياً على الصحة عنده أيضاً فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسألتين فتأمل **(وأما عندهما)** أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(قالوا)** أي المشايخ **(يجب أن يتحد الجواب على هذا)** أي على الأصل المذكور في الفصلين) أي في فصل الدين وفي فصل الردّ بالعيب **(ولا يؤخر)** أي لا يؤخر القضاء بالرد إلى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين إلى تحليف ربّ الدين **(لأن التدارك ممكن)** أي في الفصلين معاً **(عندهما لبطلان القضاء)** يعني أن عدم التأخير إلى تحليف رب الدين في فصل الدين إنما كان لأن التدارك ممكن عند ظهور الخطأ في القضاء باسترداد ما قبضه الوكيل، وهذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب أيضاً لأن قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما إنما ينفذ ظاهراً لا باطناً، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردّت الجارية عليه فلا يؤخر إلى التحليف **(وقيل الأصح عند أبي يوسف أن يؤخر)** أي القضاء **(في الفصلين لأنه)** أي لأن أبا يوسف **(يعتبر النظر)** أي النظر للبائع، كذا في الشروح. أقول: الأولى أن يقال: أي النظر للخصم ليكون أنسب بالتعميم للفصلين كما سينكشف لك **(حتى يستحلف)** أي أبو يوسف **(المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع)** يعني أن من مذهب أبي يوسف أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضراً وأراد الرد ما لم يستحلف بالله ما رضيت بهذا العيب وإن لم يدّع البائع، فإذا كان المشتري أو ربّ الدين غائباً فأولى أن لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان ونظراً للبائع والمديون **(فينتظر للنظر)** أي فينتظر في الفصلين نظراً للبائع والمديون. قال في النهاية فينتظر للنظر: أي للبائع، فعلى هذا ينبغي أن ينتظر في الدين نظراً للغريم انتهى. وقال في غاية البيان: فعلى هذا ينتظر عنده في الدين أيضاً نظراً للغريم، وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى. وقال في العناية: لأنه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري إن كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له إن كان غائباً انتهى. أقول: لا يخفى ما في كل واحد منها من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية إليه، فالوجه ما قرّرناه فتبصر **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله)** أي لينفقها عليهم **(فأنفق عليهم عشرة من عنده)** أي من مال نفسه **(فالعشرة بالعشرة)** أي فالعشرة التي أنفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التي أخذها من الموكل: يعني لا يكون الوكيل متبرعاً فيما أنفق بل ما أخذه من الموكل يصير ملكاً له. قال الإمام التمرتاشي: هذا إذا كانت عشرة الدفع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد إليها، أو كان مطلقاً لكن ينوي تلك العشرة، أما إذا كانت عشرة الدافع مستهلكة أو كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد إليها يصير مشترياً لنفسه ويكون متبرعاً بالإنفاق، لأن الدراهم تتعين في الوكالة، وكذا لو أضاف العقد إلى غيرها، كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية. وقال في الكفاية بعد ذلك: وقيل لا تتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة ببقائها،

الألف التي دفعت إليه لا يكون له ذلك. وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرّع، وذلك لأن قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الآمر راضياً بثبوت الدين في ذمته للوكيل، فلو لم يجعل متبرّعاً لألزمناه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرّعاً قياساً. فأما الإنفاق

قوله: **(فالعشرة الذي أنفقه الخ)** أقول: والأولى أن يقال: فالعشرة التي أخذها من الموكل بمقابلة العشرة التي أنفقها من ماله كما يظهر بالتأمل، قال الإتقاني: أي تكون العشرة التي حبسها عنده بالعشرة التي أنفقها من خالص ماله انتهى، وهذا أولى أيضاً مما ذكره الأكمل فتأمل ليظهر لك وجه الأولوية قوله: **(فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال)** أقول: يعني التجويز دلالة قوله: **(وفي القياس ليس له ذلك الخ)** أقول: هذا القياس يجري ظاهراً في التوكيل بالشراء.

فهذا كذلك. وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرّعاً. وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء، فأما الإنفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه، والله أعلم بالصواب.

بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقاً فيهما. قال المصنف في تعليل ما في الكتاب **(لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء، والحكم فيه)** أي في الوكيل بالشراء **(ما ذكرناه)** من رجوع الوكيل على الموكل بما أدّى من الثمن **(وقد قررناه)** يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية **(فهذا)** أي ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق **(كذلك)** لأن الوكيل بالإنفاق على الأهل قد يضطر إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولا يكون مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال. واعلم أن محمداً لم يذكر في الأصل مسألة الإنفاق، بل ذكر فيه مسألة قضاء الدين فقال: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم فقال ادفعها إلى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبس الألف عنده كان القياس أن يدفع التي حبسها إلى الموكل ويكون متطوعاً في التي دفع، ولكني أدع القياس في ذلك وأستحسن أن أجيزه، إلى هنا لفظ الأصل. وإنما ذكر مسألة الإنفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا في شروحه: هذا الذي ذكره استحسان، والقياس أن يردها على الموكل إن كانت قائمة ويضمن إن كان استهلكها، وهو قول زفر، وهذا معنى قول المصنف **(وقيل هذا استحسان، وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعاً)** أي ليس للوكيل إنفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل، بل إذا أنفق عشرة نفسه يصير متبرعاً فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه، وإن استهلكها ضمن. وجه القياس أن الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت الوكالة، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل فيصير متبرعاً. وأما وجه الاستحسان فما ذكره المصنف فيما مر آنفاً بقوله لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء الخ، وقالوا في شروح الجامع الصغير أيضاً: من المشايخ من قال: ليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في الأصل. أما الإنفاق ففيه شراء فلم يختلف فيه وجه القياس والاستحسان، بل صح ذلك قياساً واستحساناً حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياساً واستحساناً، وهذا معنى قول المصنف **(وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء)** هذا وجه القياس: يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضياً بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم نجعله متبرعاً لألزمناه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرعاً قياساً. ووجه الاستحسان ما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله: لأن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم، والوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له ا هـ **(فأما الإنفاق)** فإنه **(يتضمن الشراء)** لأن الأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام، والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة، ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضياً بثبوت الدين فلم يجعل متبرعاً قياساً أيضاً **(فلا يدخلانه، والله أعلم)** أي فلا يدخل القياس والاستحسان في الإنفاق، بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في أن الوكيل لا يكون متبرّعاً بالإنفاق من مال نفسه.

فيتضمن الشراء لأنه أمر بالإنفاق وهو أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة إليه بل بمثلها في الذمة، ثم ثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضياً بثبوت الدين فلم يجعل متبرّعاً قياساً أيضاً، والله أعلم.

قوله: **(وفي الإستحسان له ذلك)** أقول: وجه الاستحسان أن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم، والوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له: يعني من الدراهم كذا ذكره الإتقاني نقلاً من شرح الاسبيجابي للكافي للحاكم الشهيد قوله: **(وذلك لأن قضاء الدين)** أقول: أي كونه متبرعاً في القياس.

باب عزل الوكيل

قال: (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لأن الوكالة حقه فله أن يبطله، إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان

باب عزل الوكيل

أخّر باب العزل، إذ العزل يقتضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخراً (قال) أي القدوري في مختصره (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه) أي حق الموكل (فله أن يبطله) أي فللموكل الذي هو صاحب الحق أن يبطل حقه (إلا إذا تعلق به)أي بالوكالة ذكر الضمير بتأويل كونها حقاً (حق الغير) فحينئذ ليس له أن يعزله بلا رضا ذلك الغير، وذلك (بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب) أي بالتماس من جهة المدعي (لما فيه) أي لما في العزل في هذه الصورة (من إبطال حق الغير) وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه، وإبطال حق الغير لا يجوز، قيد بالطلب لأنه لو لم يكن وكيلاً بالطلب يملك الموكل عزله، سواء كان الخصم حاضراً أو غائباً، وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لأنه لو كان من جهة المطلوب: أي المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضراً أو غائباً. ثم إن عدم صحة العزل إذا كان بطلب من جهة الطالب فيما إذا كان العزل عند غيبة الطالب. وأما إذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء رضي به الطالب أو لا، وهذه القيود مستفادة من صريح ما ذكره في الذخيرة، فإنه قال فيها: وإذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين: الأول أن يكون الوكيل وكيل الطالب، وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان المطلوب غائباً لأن الطالب بالعزل يبطل حق نفسه، لأن خصومة الوكيل حق الطالب وإبطال الإنسان حق نفسه صحيح من غير أن يتوقف على حضرة غيره. والوجه الثاني أن يكون الوكيل وكيل المطلوب، وأنه على وجهين أيضاً: الأول أن يكون الوكيل من غير التماس أحد، وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان الطالب غائباً، والوجه الثاني إذا كان التوكيل بالتماس أحد، إما الطالب وإما القاضي، وفي هذا الوجه إن كان الوكيل غائباً وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال، لأن هذه الوكالة غير نافذة لأنه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل فكان العزل رجوعاً وامتناعاً فيصح، وهذا على الرواية التي شرطت علم الوكيل لصيرورته وكيلاً. وإن كان الوكيل حاضراً وقت التوكيل أو كان غائباً ولكن قد علم بالوكالة ولم يردها فإن كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به الطالب أو سخط، لأن بالتوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو حق أن يحضره مجلس الحكم فيخاصمه ويثبت حقه عليه. وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق أصلاً لأنه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب قبل

باب عزل الوكيل

وجه تأخير باب العزل ظاهر لا يحتاج إلى بيان. واعلم أن الوكيل إن كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أو لا، لأن الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أوّلاً وإن كان للمطلوب، فإن لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضي فكذلك. وإن كان، فأما إن علم الوكيل بالوكالة أولاً، فإن لم يعلم فكذلك لأنه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعاً ولهذا لم يذكره المصنف، وإن علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لأن التوكيل ثبت له حق إحضاره في مجلس الحكم وإثبات الحق عليه، وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى، وصح بحضرته لأن الحق لا يبطل، لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه

باب عزل الوكيل

قوله: (وهو المذكور أولاً) أقول: فيه بحث، فإن المذكور أولاً يعمه، وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلاً لعموم كلام القدوري، وجوابه أن القصر إضافي: أي لا عزل وكيل المطلوب قوله: (وإن كان للمطلوب فإن لم يكن الخ) أقول: قال الزيلعي في تعليل صحة عزله لعدم تعلق حقه بالوكالة إذ هو لم يطلب قوله: (فكان العزل امتناعاً) أقول: أي فكان العزل اللفظي امتناعاً حقيقة لا عزلاً.

وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير، وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن. قال:

أن يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه أيضاً فيبطل حقه أصلاً. وأما إذا كان الطالب حاضراً فحقه لا يبطل أصلاً لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه أن يطالب من المطلوب أن ينصب وكيلاً آخر إلى هنا لفظ الذخيرة. قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: واعلم أن الوكيل إن كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أو لا لأن الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أو لا. وإن كان للمطلوب، فإن لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضي فكذلك، وإن كان فأما إن علم الوكيل بالوكالة أو لا، فإن لم يعلم فكذلك لأنه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعاً ولهذا لم يذكره المصنف، وإن علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لأن بالتوكيل ثبت له حق إحضاره في مجلس الحكم وإثبات الحق عليه، وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى، وصح بحضرته لأن الحق لا يبطل، لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه، ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوّح إليه لأنه قال لما فيه من إبطال حق الغير وهاهنا لا إبطال كما ذكرناه اهـ كلامه. واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور أوّلاً، وأجاب حيث قال: فيه بحث، فإن المذكور أوّلاً يعمه، وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلاً لعموم كلام القدوري: وجوابه أن القصر إضافي: أي لا عزل وكيل المطلوب اهـ. أقول: جوابه ليس بتامّ فإن المذكور أوّلاً وهو قول وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب أيضاً سيما الذي لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الإضافي بمعنى لا عزل وكيل المطلوب. ثم أقول: الحق الصريح أن كلام القدوري الذي ذكره المصنف هاهنا أوّلاً، وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعمّ جميع الصور التي ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل، وقد استثنى المصنف من ذلك صورة واحدة وهي عزل من كان وكيلاً للمطلوب بطلب من جهة الطالب فبقي ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب، ويمشي في ذلك كله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأن الوكالة حقه فله أن يبطله، فما زعمه الشارح المذكور من كون المذكور أوّلاً مقصوراً على صورة عزل وكيل الطالب، وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور في الكتاب أصلاً سهو بيّن **(وصار)** أي صار التوكيل الذي كان بطلب من جهة الطالب **(كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن)** أي كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بأن وضع الرهن على يدي عدل، وشرط في الرهن أن يكون العدل أو المرتهن مسلطاً على بيع الرهن عند حلول الدين، فإنه إذا أراد الراهن أن يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك، لأن البيع صار حقاً للمرتهن، وبالعزل يبطل هذا الحق كما يأتي تفصيله في كتاب الرهن، وكذا إذا تعلق حق الوكيل بعين من أعيان الموكل لا يملك إخراجه عن الوكالة نحو أن أمره أن يبيع ويستوفي الدين من ثمنه، كذا في النهاية نقلاً عن الذخيرة. قيل: من أين وقع الفرق بين الوكيل في الخصومة بطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذي تثبت وكالته في ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل في الأول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وإن لم يرض به الخصم ولا يملك في الثاني عزله حال حضرة المرتهن إذا لم يرض به المرتهن مع أنه في كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل، ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه هذا بذاك؟ وأجيب

طلب نصب وكيل آخر منه، ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوّح إليه لأنه قال لما فيه من إبطال حق الغير وهاهنا لا إبطال كما ذكرناه قوله: **(فصار)** أي فصار التوكيل من جهة المطلوب إذا كان بطلب من جهة الطالب **(كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن)** بأن وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطاً على البيع ثم أراد الراهن أن يعزل العدل على البيع ليس له ذلك لأن البيع صار حقاً للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق. فإن قيل: عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وإن

قوله: **(بأن وضع الرهن الخ)** أقول: تفسير للعام بالخاص، فإنه إذا وكل المرتهن ببيعه الحال كذلك وسيجيء التفصيل في الرهن.

(فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لأن في العزل إضراراً به من حيث إبطال ولايته أو من

بأن الفرق بينهما من حيث إن العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب أصلاً لأنه يمكنه أن يخاصم المطلوب. وأما في مسألة الرهن، فلو صح العزل حال حضرة المرتهن بطل حقه في البيع إذ لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع. وأما وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل في غيبته **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن لم يبلغه العزل)** أي فإن لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل إياه **(فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم)** أي حتى يعلم الوكيل عزله، وهذا عندنا وبه قال الشافعي في قول ومالك في رواية وأحمد في رواية. وقال الشافعي في الأصح: ينعزل، وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية، لأن نفوذ الوكالة لحق الموكل له فهو بالعزل يسقط حق نفسه، والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه؛ ألا يرى أنه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما، ولأن الوكالة للموكل لا عليه، فلو لم يتفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه، وذلك لا يجوز. ولكنا نقول: العزل خطاب ملزم للوكيل بأن يمتنع من التصرف، وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع، فإن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس بعد الأمر بالتوجه إلى الكعبة، وجوّز لهم رسول الله ﷺ حين لم يعلموا[1]، وكذلك كثير من الصحابة رضي الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك[2]، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا﴾ [المائدة: ٩٣] وهذا لأن الخطاب مقصود للعمل، ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به، ثم إن الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المصنف بقوله **(لأن في العزل)** أي في عزل الوكيل من غير علمه **(إضراراً به)** أي بالوكيل من وجهين: أحدهما أشار إليه بقوله **(من حيث إبطال ولايته)** فإن في إبطال ولايته تكذيباً له لأن الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء أن له ولاية ذلك بالوكالة، وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل، وتكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة. والثاني: ما أشار إليه بقوله **(أو من حيث رجوع الحقوق إليه)** أي إلى الوكيل فإنه يتصرف فيها بناء على رجوعها إليه **(فينقد من مال الموكل)** إن كان وكيلاً بالشراء **(ويسلم المبيع)** إن كان وكيلاً بالبيع، فلو كان معزولاً قبل العلم كان التصرف واقعاً له **(فيضمنه)** أي فيضمن ما نقده وما سلمه **(فيتضرر**

كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به، بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فإنه صحيح إذا كان بحضرة الطالب رضي به أو لا، ولو كانتا متشابهتين لما وقعت بينهما هذه التفرقة. أجيب بأن مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فإذا بطل

قوله: (ثم أراد الراهن الخ) أقول: الأظهر أن يقول بدل قوله ثم أراد فإنه إذا أراد قوله: (ليس له ذلك) أقول: استئناف بياني.

(١) صحيح. يشير إلى ما أخرجه البخاري ٤٠٣، ٤٤٩١، ٤٤٩٤، ٧٢٥١، ٤٤٩٠، ٤٤٩٣ ومسلم ٥٢٦ والترمذي ٣٤١ والنسائي ٢/ ٦١ والدارمي ١/ ٢٨١ وابن حبان ١٧١٥ والدارقطني ١/ ٢٧٣ والبيهقي ٢/ ٢، ١١ وأحمد ٢/ ١٦، ٢٦ والبغوي ٤٤٥ كلهم من حديث ابن عمر.
ولفظه «بينما الناس بقباء في صلاة الصبح إذ جاءهم آتٍ فقال لهم: إن رسول الله ﷺ قد أُنزل عليه الليلة قرآن وقد أُمِرَ أن يستقبل الكعبة فاستقبلوها، وكانت وجوههم إلى الشام، فاستداروا إلى الكعبة».
قال البغوي: فيه دليل على أن حكم النسخ لا يلزم المرء قبل بلوغ الخبر إليه لأن أهل قباء كانوا شرعوا في الصلاة إلى بيت المقدس بعد النسخ لأن آية النسخ نزلت بين الظهر والعصر، وأول صلاة صلاها رسول الله ﷺ إلى الكعبة صلاة العصر، ووصل الخبر إلى أهل قباء في صلاة الصبح، ثم انحرفوا، وبنوا على صلاتهم، ولم يعيدوها اهـ. البغوي.
(٢) صحيح يشير المصنف إلى ما أخرجه البخاري ٥٥٨٣، ٥٦٢٢ ومسلم ١٩٨٠ وابن حبان ٥٣٥٢ والحميدي ١٢١٠ وكذا النسائي ٨/ ٢٨٧ والبيهقي ٨/ ٢٩٠ وأحمد ٣/ ١٨٣، ١٨٩، ١٩٠ كلهم من حديث أنس.
ولفظه «أن أنس بن مالك أخبرهم قال: بينما أنا قائم على الحيّ وأنا أصغرهم سناً على عمومتي إذ جاء رجل فقال: إنها حُرِّمَت الخمر، وأنا قائم عليهم أسقيهم من فضيخ لهم، فقالوا: اكفأها، فكفأتها فقلت لأنس: ما هو؟ قال: البسر، والتمر، وقال أبو بكر بن أنس، وكانت خمرهم يومئذ، فلم ينكره أنس بن مالك».
وقوله «من فضيخ لهم» الفضيخ: اسم للبسر إذا شدخ ونبذ.

حيث رجوع الحقوق إليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به، ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده. قال: **(وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه**

به) والضرر مدفوع شرعاً. ثم إن الوجه الأول عامّ يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك. وأما الوجه الثاني: فمختص بالتصرفات التي ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما. وعن هذا قال المصنف **(ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول)** يعني أن الوكيل بالنكاح وغيره سيان في الحكم المذكور وهو عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظراً إلى الوجه الأول. وفي الذخيرة: وكذلك الوكيل إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى. وهكذا ذكر في سائر معتبرات الفتاوى. قال في المحيط البرهاني: وإذا جحد الموكل الوكالة وقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلاً، هكذا ذكر في الأجناس في مسائل البيوع، وفي مسائل الغصب من الأجناس أيضاً: إذا قال اشهدوا أني لم أوكل فلاناً فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل، وبعض مشايخنا ذكروا في شروحهم أن جحود الموكل الوكالة عزل للوكيل. وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الشركة أن جحود ما عدا النكاح فسخ له انتهى. وهكذا ذكر في الذخيرة أيضاً. قال المصنف: **(وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر)** أشار به إلى ما ذكره في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل الخ **(فلا نعيده)** لعدم الاحتياج إلى الإعادة. اعلم أن الوكالة تثبت بخبر الواحد حرّاً كان أو عبداً عدلاً كان أو فاسقاً، رجلاً كان أو امرأة، صبياً كان أو بالغاً، وكذلك العزل عندهما، وعند أبي حنيفة لا يثبت العزل إلا بخبر الواحد العدل أو بخبر الإثنين إذا لم يكونا عدلين. ثم إن هذا الاختلاف فيما إذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة. وأما إذا كان على وجهها فيثبت به العزل بالاتفاق، كائناً من كان الرسول، عدلاً كان أو غير عدل، حرّاً كان أو عبداً، صغيراً كان أو كبيراً، نص عليه في البدائع. وقال في تعليله: لأن الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أيّ صفة كان **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً)** بالباء المكسورة: أي دائماً، ومنه الحمى المطبقة: أي الدائمة التي لا تفارق ليلاً ولا نهاراً، وقيل مطبقاً: أي مستوعباً، من أطبق الغيم السماء إذا استوعبها **(ولحاقه)** بفتح اللام: أي وتبطل بلحاق الموكل **(بدار الحرب مرتداً)** وفي الذخيرة قالوا: ما ذكر في الجواب في الجنون المطبق محمول على ما إذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل في كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب، وأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل إذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطاً في عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وإن كان الجنون مطبقاً، وهذا لأن الوكالة إذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الإنشاء، ولو أنشأ الموكل الوكالة بعد ما جنّ جنوناً مطبقاً لا يصح، فكذا لا تبقى الوكالة إذا صار الموكل بهذه الصفة. وأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل

الحق بطل العزل، وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزاً، وأما في مسألة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع أصلاً إذ لا يمكن أن يطالب الراهن بالبيع. قال: **(فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته الخ)** إذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لأن في عزله إضراراً به من وجهين: أحدهما من حيث بطلان ولايته لأن الوكيل يتصرف على ادعاء أن له ولاية ذلك، وفي العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته، وضرر التكذيب ظاهر لا محالة. والثاني من حيث رجوع الحقوق إليه فإنه ينقد من مال الموكل إن كان

قال المصنف: **(ولحاقه بدار الحرب مرتداً)** أقول: اللحاق بفتح اللام مصدر كالذهاب. قال الزيلعي: المراد بلحاقه دار الحرب مرتداً أن يحكم الحاكم بلحاقه، لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم انتهى. هذا لا يوافق ما في الهداية كما لا يخفى، إذ يكون الحكم المذكور في اللحاق على قولهما حينئذ فإن تبطل صيغة الاستقبال.

جنوناً مطبقاً ولحاقه بدار الحرب مرتداً) لأن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الأمر وقد بطل بهذه العوارض، وشرط أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله بمنزلة الإغماء، وحدّ المطبق شهر عند أبي

على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الإنشاء، وكان الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث إنه لا يملك الموكل عزله. ومن ملك شيئاً من جهة أخرى ثم جنّ الملك فإنه لا يبطل ملكه، كما لو ملك عيناً فكذا إذا ملك التصرف، وبهذا الطريق إذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جنّ الزوج لا يبطل الأمر انتهى. وفي غاية البيان قال في التتمة والفتاوى الصغرى: وهذا كله في موضع يملك الموكل عزله، أما في موضع لا يملك عزله كالعدل في باب الرهن والأمر باليد للمرأة فإنه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه، والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه، والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحساناً ولا ينعزل قياساً انتهى. أقول: في المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى إشكال، لأن الظاهر من عبارته أن يكون الأمر باليد للمرأة من باب التوكيل، وليس كذلك فإنه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق، بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتأمل. ثم أقول: فيما بقي هاهنا شيء، وهو أن تقسيمهم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وحملهم الجواب في الجنون المطبق على الثانية دون الأولى يتافي ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة من أن صفة الوكالة هي أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه، إذ الظاهر أن المذكور هناك صفتها العامة لجميع أنواعها، اللهم إلا أن يقال: الأصل في الوكالة عدم اللزوم، واللزوم في أحد القسمين المذكورين لعارض وهو تعلق حق الغير به على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل. قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب **(لأن التوكيل تصرف غير لازم)** قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة: إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين، وهاهنا ليس كذلك لأن كلا منهما ينفرد في فسخها، فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها انتهى. وقد سبقه تاج الشريعة إلى هذا التعليل. أقول: فيه خلل، لأن توقف الوجود على الرضا من الجانبين متحقق في كل عقد لازماً كان أو غير لازم، وإنما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين؛ فقولهما إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ليس بصحيح. والصواب أن يقال: إذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين وهاهنا ليس كذلك **(فيكون لدوامه)** أي لدوام التوكيل **(حكم ابتدائه)** لأن التصرف إذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه، فلما لم ينفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه إنزالاً للمتمكن مكان المبتدىء والمنشىء كما قالوا في قوله تعالى: ﴿أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى﴾ [البقرة: ١٧٥] فصار كأنه يتجدّد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي، فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد

وكيلاً بالشراء ويسلم المبيع إن كان وكيلاً بالبيع، فإذا كان معزولاً كان التصرف واقعاً له بعد العزل فيضمنه فيتضرر به، والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الأول، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر في فصل القضاء بالمواريث في كتاب أدب القاضي فلا يحتاج إلى الإعادة. قال: **(وتبطل الوكالة بموت الموكل الخ)** قد تقدم أن من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل الوكيل من غير توقف على رضا أحد، ومنها ما لا يجوز ذلك فيه إلا برضا الطالب، ففي الأول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً ولحاقه بدار الحرب مرتداً، لأن التوكيل تصرف غير لازم، إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين، وهاهنا ليس كذلك لأن كلا منهما ينفرد في فسخها، فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة

قوله: **(إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده)** أقول: فيه مسامحة لعل هنا سهواً، والصحيح عما يتوقف رفع وجوده وإلا فالبيع بالخيار يتوقف وجوده على رضا الجانبين، ويصرح بعد أسطر بأنه غير لازم قوله: **(لأن كلا منهما ينفرد في فسخها)** أقول: مع أن انفراد أحدهما يكفي في انتفاء اللزوم قوله: **(فكذا فيما هو بمنزلته)** أقول: الضمير في قوله بمنزلته راجع إلى قوله ابتداء في قوله بمنزلة ابتداء العقد قوله: **(ونوقض بالبيع بالخيار فإنه الخ)** أقول: فيه مغالطة، فإن المتقرر هو البيع لا الخيار، وهذا هو خلاصة الجواب قوله: (وكلام

يوسف اعتباراً بما يسقط به الصوم. وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت. وقال محمد: حول كامل لأنه يسقط به جميع العبادات فقدّر به احتياطاً. قالوا: الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته، فإن أسلم نفذ، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة. فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردّته أو يحكم بلحاقه وقد مر في السير، وإن كان

(فلا بد من قيام الأمر) أي فلا بد من قيام أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة إذا كان لا بد من أمره بذلك في ابتداء العقد، فكذا فيما هو بمنزلته **(وقد بطل)** أي أمر الموكل **(بهذه العوارض)** وهي الموت والجنون والارتداد. فإن قيل: البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار. قلنا: الأصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار، فإذا مات تقرّر الأصل وبطل العارض، كذا في الشروح **(وشرط)** أي شرط في بطلان الوكالة **(أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله)** أي قليل الجنون **(بمنزلة الإغماء)** فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالإغماء **(وحدّ المطبق)** أي حدّ الجنون المطبق **(شهر عند أبي يوسف)** وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة **(اعتباراً بما يسقط به الصوم)** أي صوم شهر رمضان. وقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة: والمختار ما قاله أبو حنيفة أنه مقدّر بالشهر، لأن ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيراً، والشهر فصاعداً في حكم الآجل فكان طويلاً **(وعنه)** أي عن أبي يوسف **(أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار)** أي فصار من جنّ في هذه المدة **(كالميت)** فلا يصلح للوكالة **(وقال محمد: حول كامل)** قال الناطفي في الأجناس: قال ابن سماعة في نوادره: قال محمد في قوله الأوّل: حتى يجنّ يوماً وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة، ثم رجع وقال: حتى يجنّ شهراً، ثم رجع وقال: حتى يجنّ سنة **(لأنه يسقط به)** أي بالحول الكامل **(جميع العبادات)** وأما ما دون الحول فلا تسقط به الزكاة لأن وجوبها مقدّر بالحول فلا يكون في معنى الموت **(فقدّر به)** أي فقدر حدّ الجنون المطبق بالحول الكامل **(احتياطاً)**. قال في الكافي: وهو الصحيح، وكذا قال في التبيين **(قالوا)** أي المشايخ **(الحكم المذكور في اللحاق)** أي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري، وهو ما ذكر قبل هذا بقوله: ولحاقه بدار الحرب مرتدّاً **(قول أبي حنيفة لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته)** قال المصنف في باب أحكام المرتدين من كتاب السير: اعلم أن تصرفات المرتدّ على أربعة أقسام: نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتمام الولاية، وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملّة له، وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم، ومختلف في توقفه وهو ما عددناه ا هـ. وقال الشراح هناك: يعني بقوله ما عددناه ما ذكره بقوله وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته فهو موقوف. أقول: فقد تلخص من ذلك أن مراده هاهنا أن بعض تصرفات المرتد موقوف عنده، فكذا وكالته لكونها في حكم ذلك، ولكن عبارته غير واضحة في إفادة المراد **(فإن أسلم نفذ)** أي فإن أسلم المرتد نفذ تصرفه السابق **(وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته**

وللموكل أن يمنع الوكيل عنها، وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه، لأن المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد، ولا بد في ذلك من الأمر فكذا فيما هو بمنزلته، وقد بطل الأمر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لا تنعقد منهم ابتداء، ونوقض بالبيع بالخيار فإنه غير لازم ويتقرر بالموت. وأجيب بأن الأصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار، فإذا مات بطل العارض وتقرر الأصل،

المصنف عن بيان التقسيم ساكت الخ) أقول: لا يقال إنما لم يصرح بالتقسيم لانفهامه من التعليل مع ما أسلفه من قوله إلا إذا تعلق به حتى الغير الخ لأنه لا دلالة فيما سبق من كلامه على لزوم بعض الوكالات أصلاً فلا ينفهم التقسيم كما لا يخفى فليتأمل قوله: **(يسقط به جميع العبادات)** أقول: حتى الزكاة قوله: **(وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت)** أقول: ما سبق ويبطل ما بعده.

الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف. قال: **(وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا، فهذه الوجوه تبطل**

إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه) حتى يستقرّ أمر اللحاق **(وقد مرّ في السير)** أي مرّ كون تصرف المرتد موقوفاً عند أبي حنيفة نافذاً عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفى في باب أحكام المرتدين من كتاب السير. واستشكل صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال: فيما نسب إلى أبي حنيفة نظر، إذ المرتد إذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلماً صار كأن لم يزل مسلماً عند أبي حنيفة أيضاً فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل أن يقضي بذلك. وقول أبي حنيفة في السير إنه حربي مقهور غير أنه يرجى إسلامه فتوقفنا، فإن أسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب، وإن مات أو لحق وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق، بل لا بد من الحكم به فينبغي أن يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده ا هـ كلامه. وأقول: هنا كلام آخر وهو أن الإمام قاضيخان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المصنف هاهنا عن المشايخ حيث قال في فصل ما يبطله الارتداد من باب الردة وأحكام أهلها من كتاب السير: وإن وكل رجلاً ثم ارتدّ الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم ا هـ، فإنه صريح في أن الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعاً لا قول أبي حنيفة فقط. فإن قلت: يجوز أن يكون المراد باللحاق لدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان أن يحكم الحاكم بلحاقه بها. قلت: ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك، فإن جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه في مسألة الكتاب أيضاً حتى تكون المسألة إجماعية ويتخلص عن التكلف الذي ارتكبوه في تخصيصها بقول أبي حنيفة. ثم أقول: اللحاق عندي أن المراد بما ذكر في الكتاب الحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق فالمسألة إجماعية، وعن هذا قال الإمام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكنز: والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتداً أن يحكم الحاكم بلحاقه، لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم، فإذا حكم به بطلت الوكالة بالإجماع ا هـ. ومما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق أن أساطين المشايخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضي به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند أبي حنيفة بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب، منهم صاحب المحيط؛ فإنه قال بصدد بيان الأنواع الأربعة لتصرفات المرتدّ ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والإجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون، فعند أبي حنيفة توقف هذه التصرفات، فإن أسلم تنفذ، وإن مات أو قتل على ردّته أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل، وعندهما تنفذ هذه التصرفات ا هـ. ومنهم الإمام قاضيخان، فإنه قال في فتاواه أثناء بيان الوجوه الأربعة لتصرف المرتد: ومنها ما اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والإجارة والإعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند أبي حنيفة: هذه التصرفات موقوفة، فإن أسلم نفذت، وإن مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحرب تبطل، وعند صاحبيه تنفذ في الحال ا هـ. إلى غير ذلك من الثقات، حتى أن صاحب الوقاية قال في باب المرتد: وتوقف مفاوضته وبيعه

وفي الثاني لا تبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن، وفيما إذا جعل أمر امرأته بيدها لأن التوكيل في هذا النوع صار لازماً لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الأمر. وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه. والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم، وشرط الإطباق في الجنون لأن قليله بمنزلة الإغماء فلا تبطل به الوكالة. وحد المطبق شهر عند أبي يوسف، وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة اعتباراً بما يسقط به الصوم، وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد. وقال محمد آخراً: حول كامل لأنه يسقط

قال المصنف: (وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة) أقول: ولقد أصاب المحز حيث اختار صيغة المضي هنا وصيغة الاستقبال في بيان مذهبهما لأن عنده تبطل تصرفاته السابقة على القتل أو اللحاق أيضاً، وعندهما لا تبطل تصرفاته السابقة فليتأمل.

الوكالة على الوكيل، علم أو لم يعلم) لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز

وشراؤه وهبته وإجارته وتدبيره ووصيته، إن أسلم نفذ، وإن مات أو قتل أو لحق وحكم به بطل ا هـ **(وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته)** أي بالإجماع **(حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها)** لأنها لا تقتل **(على ما عرف)** في السير. قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية: ويعلم من هذا أن الرجل الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق، فينبغي أن يقول في قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتداً انتهى. أقول: هذا خبط منه، فإنه زعم أن مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب أن وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب، وأخذ منه بطريق مفهوم المخالفة أن الرجل الموكل إذا ارتدّ تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق، وليس مراده ذلك، بل مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب بالإجماع، بخلاف ما إذا كان الموكل رجلاً فارتد فإن تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند أبي حنيفة بعد ارتداد موكله، بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه فافترقا. وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق في الصورتين معاً قبل الموت أو اللحوق بدار الحرب فانتظم السباق واللحاق. ثم اعلم أن كون الوكيل على وكالته في صورة إن كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال، ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلاً منها لوكيلها، فبعد ما انعزل لا يعود وكيلاً إلا بالتجديد، كذا في المبسوط. وذكر في الشروح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا وكل المكاتب ثم عجز)** أي عجز عن أداء بدل الكتابة فعاد إلى الرقّ **(أو المأذون له)** أي أو وكل العبد المأذون له **(ثم حجر عليه)** أي على المأذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعقود أو الخصومات **(أو الشريكان)** أي أو وكل أحد الشريكين ثالثاً بشيء مما لم يله بنفسه **(فافترقا)** أي فافترق الشريكان بعد التوكيل **(فهذه الوجوه)** أي العجز والحجر والافتراق **(تبطل الوكالة على الوكيل علم)**. أي علم الوكيل بذلك **(أو لم يعلم لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل)** أي قيام الأمر **(بالحجر)** في المأذون له **(والعجز)** في المكاتب **(والافتراق)** في الشريكين، وأما إذا كان توكيل المكاتب أو العبد المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له، لأن في كل شيء وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالباً بإيفائه، وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده، فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز أو الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته، وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما، لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلاً من جهتهما جميعاً فلا ينعزل بنقضهما بالشركة بينهما، كذا في المبسوط. قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط: ولقائل أن يقول: هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله، فما الفارق؟ والجواب أن أحد المتفاوضين إذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان: جهة مباشرته، وجهة كونه شريكاً، فإن بطلت جهة كونه شريكاً بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهي مستندة إلى حال المفاوضة، وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما، وإذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكاً لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعاً

به جميع العبادات فقدر به احتياطاً قال المشايخ: الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة، فإن أسلم نفذت، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت، فأما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق، وقد مر في السير: أي كون تصرف المرتد موقوفاً أو نافذاً في باب أحكام المرتدين، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو

والافتراق، ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل.

إلى هنا كلامه. واعلم أنه إذا وكل أحد شريكي العنان وكيلاً ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحساناً، وكان القياس أن لا يجوز لأن كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف، وليس للوكيل أن يوكل غيره إذا لم يأمره الموكل بذلك. وجه الاستحسان أن كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوّض الأمر إليه على العموم، لأن مقصودهما تحصيل الربح وذلك قد لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذوناً من جهة صاحبه بالتوكيل. قال صاحب غاية البيان: قال الشيخ أبو نصر البغدادي: وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جار على الأصل إلا في الشريكين، وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر، إلى هنا لفظه، يعني أن أحد شريكي العنان أو المفاوضة إذا وكل وكيلاً ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري، ولكن ذلك خلاف الرواية الأخرى؛ ألا يرى إلى ما قال محمد في الأصل: وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم إن الوكيل أمضى الذي كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فإنه يجوز ذلك كله عليهما جميعاً. وكذلك لو كانا وكلاه جميعاً لأن وكالة أحدهما جائزة على الآخر، وليس تفرقهما ينقض الوكالة، إلى هنا لفظ محمد في باب وكالة أحد المتفاوضين. ثم قال صاحب الغاية: والعجب من صاحب الهداية أنه أبهم الأمر ولم يتعرض لكلام القدوري. والغالب على ظني أن القدوري أراد بذلك الوكالة الثانية في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية، لأن المتضمن وهو عقد الشركة إذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة، وإلا يلزم أن يكون قوله مخالفاً للرواية لا محالة انتهى. أقول: إن قوله وإلا يلزم أن يكون قوله مخالفاً للرواية لا محال ليس بتامّ لا محالة، إذ على تقدير أن يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفاً للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل. وفي الرواية المذكورة أيضاً إشارة إلى ذلك، فإن قول محمد في الأصل: إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك احتراز عن التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما لا يخفى. لا يقال: مراد صاحب الغاية وإلا يلزم أن يكون ظاهر إطلاق قوله مخالفاً للرواية فلا ينافيه التطبيق بتقييد وتأويل. لأنا نقول: هذا المعنى مشترك الالتزام، فلا وجه لذلك القول بعد أن قيده أيضاً، وأوله بتأويل بعيد كما ترى **(ولا فرق بين العلم وعدمه)** أي لا فرق في الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك **(لأن هذا عزل حكمي)** أي عزل عن طريق الحكم **(فلا**

تلحق بدار الحرب، لأن ردتها لا تؤثر في عقودها لأنها لا تقتل، ما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة، لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلاً منها لوكيلها، فبعد ما انعزل لا يعود وكيلاً إلا بالتجديد. قال: **(وإذا وكل المكاتب ثم عجز الخ)** وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة، علم بذلك الوكيل أو لم يعلم. وإذا وكل أحد الشريكين ثالثاً بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق، ولا فرق بين العلم وعدمه لأنه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم، كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل، وأما إذا وكل المكاتب أو المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فإنها لا تبطل بالعجز والحجر لأن العبد مطالب بإيفاء ما وليه، وله

قوله: **(وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه)** أقول: قوله هو راجع إلى أحد المتفاوضين، والضمير في قوله وليه راجع إلى شي. قال في النهاية: والشريكان فافترقا: أي وكل أحد الشريكين الثالث، فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم، هذا فيما لم يله الوكيل بنفسه، وأما في الذي وليه الوكيل بنفسه في المفاوضة فلا تبطل الوكالة بالافتراق، لأنه ذكر في باب وكالة المضارب من وكالة المبسوط، وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه ثم تفرقا واقتسما وأشهدا إلى قوله فلا ينعزل بنقض الشركة بينهما انتهى. ولا يذهب عليك أن صاحب النهاية أرجع الضمير المستتر في قول المبسوط وليه إلى الوكيل وهنا الشارح إلى أحد المتفاوضين. والأصح عندي إرجاعه إلى ما أرجع الشارح إليه، وعليك بالتأمل الصادق قوله: **(لم تبطل الأخرى وهي مستندة)** أقول: قوله هي راجع إلى قوله الأخرى.

قال: **(وإذا مات الوكيل أو جن جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة)** لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته وإن لحق بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلماً قال: وهذا عند محمد، فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة، لمحمد أن الوكالة إطلاق لأنه رفع المانع. أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين

يتوقف على العلم) إذ العلم شرط للعزل القصدي دون العزل الحكمي **(كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل)** أي إذا باع ما وكل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولاً حكماً لفوات محل تصرف الوكيل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا مات الوكيل أو جنّ جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة)** لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع في العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل. قال المصنف في تعليل ما ذكر **(لأنه لا يصح أمره)** أي أمر الوكيل **(بعد جنونه وموته)** والأمر في قوله لا يصح أمره مصدر مضاف إلى المفعول، ومعناه الأمر الذي كان مأموراً به لم يبق صحيحاً، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء، كذا في العناية. أقول: هاهنا شائبة الاستدراك، إذ لا يخفى على أولي النهي أن ذكر كون موت الوكيل مبطلاً للوكالة قليل الجدوى لأنه بيّن غنيّ عن البيان. لا يقال: المراد بذلك دفع احتمال جريان الإرث من الوكيل في حق الوكالة. لأنا نقول: احتمال ذلك مع كونه في غاية البعد في نفسه بناء على ظهور أن الموكل رضي برأي الوكيل لا برأي غيره لا يندفع بالتعليل الذي ذكره المصنف، لأن الأمر بالوكالة وإن لم يبق صحيحاً بالنظر إلى الوكيل الميت إلا أنه يحتمل أن يبقى صحيحاً بالنظر إلى وارثه الحيّ فلا يتم التقريب **(وإن لحق)** أي الوكيل **(بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرف إلا أن يعود)** من دار الحرب إلى دار الإسلام **(مسلماً)** هذا إذا حكم القاضي بلحاقه فإنه قال شيخ الإسلام في المبسوط: وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتداً فإنه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعاً ما لم يقض القاضي بلحاقه وهكذا أشار إليه شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه حيث قال: ولو ارتدّ الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الإسلام، وإذا قضى القاضي بلحاقه فقدر موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى، كذا في النهاية وغيرها **(قال)** أي قال المصنف **(وهذا)** أي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلماً **(عند محمد، فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة)** أي وإن عاد مسلماً **(لمحمد أن الوكالة إطلاق)** أي إطلاق التصرف **(لأنه)** أي الوكالة بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر **(رفع المانع)** فإن الوكيل كان ممنوعاً شرعاً عن أن يتصرف في شيء لموكله، فإذا وكله رفع المانع **(أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به)** أي بالوكيل: يعني أن الوكيل لا يحدث فيه أهلية وولاية، بل إنما يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد إلى ذلك التصرف والذمة الصالحة له

ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده، فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته، وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما، لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلاً من جهتهما جميعاً فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما، كذا في المبسوط. ولقائل أن يقول: هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله، فما الفارق؟ والجواب أن أحد المتفاوضين إذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان: جهة

قوله: **(وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسألتين جميعاً الخ)** أقول: الظاهر أنه أراد مسألة الشريكين ومسألة المكاتب والمأذون عدهما واحداً لاتحادهما في المملوكية والحجر قوله: **(وقد أول بعض الشارحين الخ)** أقول: يعني الإتقاني قوله: **(على أنه مخالف لعبارة الكتاب)** أقول: فإن المعنى المفهوم من قوله إذا وكل أحد الشريكين أنه إذا وكله بعد عقد الشركة كما في توكيل المأذون والمكاتب، وأيضاً لا يصح أن ينفرد أحد الشريكين بفسخ عقد الشركة بدون علم صاحبه فلا يستقيم قوله علم أو لم يعلم. ويمكن أن يحمل على ما إذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء، فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علماً بذلك أو لم يعلما لأنه عزل حكمي إذا لم تكن الوكالة مصرحاً بها عند عقد الشركة قال المصنف: **(بطلت الوكالة لأنه لم يصح أمره بعد جنونه وموته)** أقول: يعني لم يورث منه، ففي قوله لأنه لا يصح أمره بحث قوله: **(ومعناه الأمر الذي كان مأموراً به)** أقول: الضمير في قوله به راجع إلى قوله الأمر قوله: **(وإنما عبر عنه بذلك الخ)**.

الدارين، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً. ولأبي يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ، لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر ولو عاد

(وإنما عجز) أي وإنما عجز الوكيل عن التصرف (بعارض اللحاق لتباين الدارين) يعني أن الإطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض، ولكن إنما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض (فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً) وفي المبسوط: ومحمد يقول: صحت الوكالة لحق الموكل وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب، ولكنه عجز عن التصرف بعارض والعارض على شرف الزوال، فإذا زال يصير كأن لم يكن فبقي الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما لو أغمي عليه زماناً ثم أفاق (ولأبي يوسف أنه) أي التوكيل (إثبات ولاية التنفيذ) أي تمليك ولاية تنفيذ التصرف في حق الموكل للوكيل لا إثبات ولاية أصل التصرف له (لأن ولاية أصل التصرف) ثابتة له (بأهليته) لجنس التصرف في حذ ذاته (وولاية التنفيذ بالملك) أي وتمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكاً للتنفيذ بالوكالة (وباللحاق) أي باللحاق بدار الحرب (لحق) أي الوكيل (بالأموات) فبطل الملك (وبطلت الولاية) أي إذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة (فلا تعود) أي الولاية: يعني إذا بطلت الولاية فلا تعود (كملكه في أم الولد والمدبّر) فإنه إذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تعتق أم ولده ومدبره ثم يعوده مسلماً لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق، فكذلك الولاية التي بطلت لا تعود، وأشار بقوله لحق بالأموات إلى أن وضع المسألة فيما إذا قضى القاضي بلحاقه. وأما إذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعاً كما ذكرنا من قبل. قال صاحب العناية: بقي الكلام في قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته فإنه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله أنه إثبات ولاية التنفيذ إلا أن يتكلف فيقال: الوكيل له ولايتان: ولاية أصل التصرف، وولاية التنفيذ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده، والثانية لم تكن ثابتة قبله، وإنما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى. أقول: إن قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته ليس بدليل على منطوق قوله إنه إثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم أنه بعيد التعلق عما استدل به عليه، بل هو دليل على مفهوم ذلك، وهو لا إثبات ولاية أصل التصرف كما أشرنا إليه في شرح هذا المقام من قبل، فالمعنى أن التوكيل إثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا إثبات ولاية أصل التصرف له، حتى يجوز أن تعود الوكالة بعود الوكيل مسلماً كما قاله محمد، لأن ولاية أصل التصرف ثابتة له بأهليته في حد ذاته، فلا يتصور أن يثبتها الموكل له بالتوكيل، وإن لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول: هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة

مباشرته، وجهة كونه شريكاً، فإن بطلت جهة كونه شريكاً بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهي مستندة إلى حال المفاوضة، وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما، وإذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكاً لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعاً، وإذا وكل أحد شريكي العنان وكيلاً ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحساناً لأن كل واحد منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فإنه قد لا يحصل بتصرف واحد وحصوله باثنين، وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسألتين جميعاً كما ترى، وفيه ما فيه. وقد أول بعض

أقول: أي عن عدم بقاء الصحة بسلب الصحة، فإن قولنا لا يصح سلب لحدوث الصحة قوله: (وهذا ينزع إلى تخصيص العلة) أقول: وفي مباحث تقسيم العلة من التلويح أن الخلاف في تخصيص العلل إنما هو في الأوصاف المؤثرة في الأحكام لا في العلل التي هي أحكام شرعية كالعقود والفسوخ قوله: (ومخلصه معروف) أقول: وهو جعل ارتفاع المانع جزءاً من العلة والتفصيل في كتب الأصول قوله: (ولأبي يوسف أنه إثبات الخ) أقول: لا يقال بعض المقدمات مستدركة لكفاية أن يقول إنه إثبات ولاية التنفيذ ولا ولاية باللحاق فلا توكيل، لأن اللحاق بملكه في المدبر وأم الولد في عدم العود لا يكون بدون ملاحظة تلك المقدمات، وفيه منع فإنه لم يكف الإلحاق في عدم العود وما المقتضي لملاحظة كونه ملكاً قوله: (فكان الوكيل مالكاً) أقول: فيه نوع مصادرة حيث كان إثبات المقدمة الأولى بهذه المقدمة فليتأمل قوله: (للتنفيذ بالوكالة) أقول: أي مالكاً لولاية التنفيذ.

الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر. وعن محمد أنها تعود كما قال في الوكيل. والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم

المقام وهي لا إثبات ولاية التصرف له فلا إشكال على كل حال **(ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتداً)** أي وقد لحق بدار الحرب مرتداً وقضى القاضي بلحاقه، صرح به في المبسوط وغيره **(لا تعود الوكالة في الظاهر)** أي في ظاهر الرواية **(وعن محمد أنها)** أي الوكالة **(تعود كما قال في الوكيل)** وفي السير الكبير يقول محمد: يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل أيضاً لأن الموكل إذا عاد مسلماً عاد إليه ماله على قديم ملكه، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته، كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله، كذا في المبسوط **(والفرق له على الظاهر)** يعني أن محمداً فرق بين الفصلين: أي بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال بعود الوكالة في ارتداد الوكيل إذ عاد مسلماً في جميع الروايات، وبعدم عودها في ارتداد الموكل إذا عاد مسلماً في ظاهر الرواية. فوجه الفرق له على ظاهر الرواية **(أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال)** أي وقد زال ملك الموكل بردته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البتات **(وفي حق الوكيل)** أي ومبنى الوكالة في حق الوكيل **(على معنى قائم به)** أي بالوكيل كما بيناه من قبل **(ولم يزل)** أي ولم يزل المعنى القائم به **(باللحاق)** أي بلحاقه الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقياً، ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال، فإذا زال العارض صار كأن لم يكن كما ذكرنا فيما مر. وأما أبو يوسف فسوّى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معاً **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن وكل آخر بشيء)** من الإثباتات أو الإسقاطات **(ثم تصرف)** أي الموكل **(بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة)** إلى هنا لفظ القدوري. قال المصنف **(وهذا اللفظ ينتظم وجوهاً كثيرة)** من المسائل **(مثل أن يوكله)** أي الآخر **(بإعتاق عبده)** أي عبد الموكل **(أو بكتابته)** أي بكتابة عبده **(فأعتقه)** أي أعتق ذلك العبد **(أو كاتبه الموكل بنفسه)** فإن الوكالة تبطل حينئذ **(أو يوكله بتزويج امرأة)** أي أو أن يوكله بتزويج امرأة معينة إياه **(أو بشراء شيء)** أي أو أن يوكله بشراء شيء بعينه له **(ففعله بنفسه)** أي ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بأن يتزوجها بنفسه أو يشتريه بنفسه، فإن ذلك كان عزلاً للوكيل فتبطل الوكالة **(أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج)** وهو الموكل **(ثلاثاً)** أي ثلاث تطليقات **(أو واحدة)** أي أو طلقها طلقة واحدة **(وانقضت عدتها)** فإن الوكالة تبطل هناك أيضاً، ولا يكون للموكل بعد ذلك أن يطلقها، وإنما قيد بالثلاث وقيد الواحدة بانقضاء العدة، والمراد بها ما دون الثلاث لأنه

الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بأن المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة، فإنهما إذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فتبطل ما كانت في ضمنها، هذا على تقدير صحته يختص بمسألة الشركة لا غير على أنه مخالف لعبارة الكتاب. قال: **(وإذا مات الوكيل أو جنّ جنوناً مطبقاً الخ)** لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل، فإذا مات الوكيل أو جنّ جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعد موته وجنونه، والأمر مصدر مضاف إلى المفعول ومعناه الأمر الذي كان مأموراً به لم يبق صحيحاً، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء، وإن لحق بدار الحرب مرتداً لم يجز أن يتصرف فيما وكل به إلا أن يعود مسلماً. قال المصنف: وهذا عند محمد، فأما عند أبي يوسف فلا تعود الوكالة وإن عاد مسلماً. لمحمد أن التوكيل إطلاق لأنه رفع المانع، ومعناه أن الوكيل كان ممنوعاً شرعاً أن يتصرف في شيء لموكله، فإذا وكله رفع المانع، وأما أن يحدث فيه أهلية وولاية فليس كذلك، فإنه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد إلى ذلك التصرف والذمة الصالحة له، والإطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا

قوله: **(ورد عليه بعيب الخ)** أقول: هذه المسألة متفق عليها بين أبي يوسف ومحمد على ظاهر الرواية، ولذلك قال المصنف وعن أبي يوسف فتصلح للاستشهاد قوله: **(وقد زال بردته الخ)** أقول: وزال الأمر بالتصرف ولم يتجدد.

يزل باللحاق. قال: **(ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة)** وهذا اللفظ ينتظم وجوهاً: مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه

إذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية. فإن للوكيل أن يطلقها ما دامت في العدة، وأما إذا طلقها الموكل تطليقات ثلاثاً فلا يملك الوكيل طلاقها لا في العدة ولا بعدها، والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادراً على الطلاق كان وكيله أيضاً قادراً عليه، وما لا فلا، كذا ذكره في النهاية والعناية. أقول: في هذا الأصل نوع إشكال إذ لطالب أن يطلب الفرق حينئذ بين هذه المسألة وبين مسألة التوكيل بتزويج امرأة، فإن الموكل هناك لو تزوّجها بنفسه ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه كما صرح به في عامة الكتب، وذكره المصنف أيضاً فيما بعد، مع أن الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة أخرى فلم لم يقدر الوكيل أيضاً على أن يزوجها منه مرة أخرى؟ وعلل في البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما في الأوامر الشرعية. والظاهر أن هذا التعليل يقتضي أن لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقاً في مسألة التوكيل بالطلاق أيضاً. فإن قيل: الوكالة في مسألة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المصنف فيما بعد. قلنا: قد انقضت الحاجة في مسألة التوكيل بالطلاق أيضاً بتطليق الموكل بنفسه. لا يقال: قد تقع الحاجة إلى تكرار الطلاق تشديداً للفرقة. لأنا نقول: قد تقع الحاجة إلى التزوّج مرة أخرى أيضاً فلم يتضح الفرق فتأمل **(أو بالخلع)** أي أو أن يوكله بأن يخالع امرأته **(فخالعها)** أي فخالعها الموكل **(بنفسه)** فإن الوكالة تبطل هناك أيضاً. قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة كلها **(لأنه)** أي الموكل **(لما تصرف)** فيما وكل به **(بنفسه تعذر على الوكيل التصرف)** في ذلك لامتناع تحصيل الحاصل **(فبطلت الوكالة)** في جميع ما ذكر **(حتى لو تزوّجها)** أي لو تزوّج الموكل المرأة التي وكل الآخر بتزويجها منه **(بنفسه وأبانها)** أي أبانها بعد أن تزوّجها بنفسه **(لم يكن للوكيل أن يزوجها منه)** أي لم يكن للوكيل أن يزوج تلك المرأة المبانة من الموكل مرة أخرى **(لأن الحاجة قد انقضت)** أي لأن حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه. أقول: هاهنا كلام: أما أوّلاً فلأن تفريع هذه المسألة بحتى على التعليل الذي ذكره لبطلان الوكالة في المسائل المذكورة ليس بتام، لأن الموكل إنما تصرّف بنفسه في تزوجها مرة أولى، فهو الذي تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور. وفحوى هذه المسألة أن لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة أخرى، ولا تأثير فيه للتعليل المذكور لأن الموكل لم يتصرف بنفسه في هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها، فالأولى أن يترك أداة التفريع ويذكر هذه المسألة على سبيل الاستقلال كما وقع في سائر المعتبرات. وأما ثانياً فلأنه إن أراد بقوله لأن الحاجة قد انقضت أن الحاجة إلى تزوجها مرة أولى قد انقضت فهو مسلم، ولكن هذا لا ينافي بقاء الحاجة إلى تزوجها مرة أخرى فلا يتم التقريب، وإن أراد بذلك أن الحاجة إلى تزوّجها مطلقاً قد انقضت فهو ممنوع، إذ قد يحتاج الرجل

العارض. وإنما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً، وهذا ينزع إلى تخصيص العلة ومخلصه معروف. ولأبي يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ، ومعناه أن التوكيل تمليك ولاية التنفيذ، فإن الوكيل إنما يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة، وولاية التنفيذ بالملك: أي تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق، فكان الوكيل مالكاً للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لأنه لحق به بالأموات فصار كسائر أملاكه، وإذا بطل الملك بطلت الولاية، وإذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا تتخلف العلة عن المعلول، وإذا بطلت لا تعود كملكه في المدبر وأم الولد، وأشار بقوله لحق بالأموات إلى أن فرض المسألة فيما إذا قضى القاضي بلحاقه، وأما إذا لم

قوله: (جرد ذكرها في هذا الموضع) أقول: الضمير في قوله ذكرها راجع إلى المسألة في قوله ولعل إيراد هذه المسئلة.

أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها، بنفسه لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة، حتى له تزوّجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لأن الحاجة قد انقضت، بخلاف ما إذا تزوّجها الوكيل وأبانها له أن يزوّج الموكل لبقاء الحاجة، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه، فلو ردّ عليه بعيب بقضا قاض؛ فعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه

إلى تزوّج امرأة واحدة مراراً متعددة لأسباب داعية إليه. فالأولى في تعليل هذه المسألة ما ذكر في البدائع من أن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما في الأوامر الشرعية **(بخلاف ما إذا تزوّجها الوكيل)** أي بخلاف ما إذا تزوّج الوكيل المرأة التي وكل بتزويجها من الموكل **(وأبانها)** أي وأبانها بعد أن تزوجها حيث يكون **(له أن يزوّج الموكل)** تلك المرأة المبانة **(لبقاء الحاجة)** أي لبقاء حاجة الموكل إلى تزوّجها **(وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه)** أي فباع الموكل ذلك العبد بنفسه يعني بطلت الوكالة في هذه الصورة أيضاً **(فلو ردّ عليه)** أي فلو ردّ العبد على الموكل **(بعيب بقضاء قاض؛ فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى)** روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به في الذخيرة **(لأن بيعه بنفسه)** أي لأن بيع الموكل ذلك العبد بنفسه **(منع له من التصرف)** حكماً **(فصار كالعزل)** أي فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلاً إلا بتجديد الوكالة **(وقال محمد: له)** أي للوكيل **(أن يبيعه)** أي أن يبيع ذلك العبد **(مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه)** أي لأن الوكالة بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر وقد مر غير مرة **(إطلاق)** أي إطلاق التصرف وهو باق والامتناع إنما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل **(والعجز قد زال)** أي وعجز الوكيل قد زال بعود العبد إلى قد يملك الموكل فعادت الوكالة، وإنما قيد الردّ بالعيب على الموكل بقضاء القاضي لأن الموكل إذا قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع، لأن الرد بغير القضاء كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما، فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء. واعلم أنه ذكر في المبسوط مسألة الردّ بالعيب بقضاء القاضي من غير خلاف في جواز البيع للوكيل، ووضع المسألة في الأمة فقال: ولو باع الوكيل أو الآمر، ثم ردّت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لأن الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الأصل وعادت إلى قديم ملك الموكل، وإن قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل أن يبيعها، وكذلك إن تقايلا البيع فيها لأن هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراها ابتداء، وكذلك إن رجعت إلى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها، لأن الوكالة تعلقت بالملك الأول، وهذا ملك جديد سوى الأول فلا يثبت فيه حكم الوكالة إلا بتجديد توكيل من المالك انتهى. ولم يذكر الخلاف أيضاً في المسألة المذكورة في الأصل ولا في الكافي للحاكم الشهيد ولا في شرحه للإمام علاء الدين الإسبيجابي، ولكن ذكره القدوري في شرحه فقال: قال أبو يوسف رحمه الله: ليس للوكيل

يقض بذلك فإنه لا يخرج من الوكالة عندهم جميعاً. بقي الكلام في قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته فإنه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله إنه إثبات ولاية التنفيذ إلا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده، والثانية لم تكن ثابتة قبله، وإنما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة له، ولو عاد الموكل مسلماً عاد إليه ماله على قديم ملكه، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته، كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه وردّ عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته. والفرق له على الظاهر أن

قال المصنف: **(لأن الحاجة قد انقضت)** أقول: قال الإتقاني: فلو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها إياه الوكيل جاز في قياس أبي حنيفة، ولم يجز في قول أبي يوسف ومحمد لأنها صارت أمة، ونكاح الأمة غير معهود وغير المعهود خارج عن مراد المتكلم عندهما انتهى. وقد سبق أدلة الجانبين لأصلهما في النكاح.

منع له من التصرف فصار كالعزل. وقال محمد رحمه الله: له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق والعجز قد زال، بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لأنه مختار في الرجوع

أن يبيعه. وقال محمد له أن يبيعه. ثم اعلم أن صاحب البدائع بعد أن ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في المسألة المذكورة قال: ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه، حمد يحتاج إلى الفرق بين البيع والهبة، ووجه الفرق له لم يتضح انتهى. فقد أراد المصنف بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد فقال **(بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب)** أي الموكل **(بنفسه ثم رجع)** عن هبته حيث **(لم يكن للوكيل أن يهب)** مرة أخرى بالإجماع **(لأنه)** أي لأن الموكل الواهب بنفسه **(مختار في الرجوع فكان ذلك)** أي كان رجوعه مختاراً **(دليل عدم الحاجة)** إلى الهبة، إذ لو كان محتاجاً إليها لما رجع عنها فكان دليلاً على نقض الوكالة **(أما الردّ بقضاء)** أي أما ردّ المبيع بقضاء القاضي على الموكل البائع بنفسه فهو **(بغير اختياره)** أي بغير اختيار الموكل البائع **(فلم يكن دليل زوال الحاجة)** إلى البيع. أقول: من العجائب هاهنا أن الشارح العيني قال في شرح قول المصنف: أما الرد بقضاء: أي أما ردّ الهبة بقضاء القاضي، وفي شرح قوله بغير اختياره: أي اختيار الواهب حيث زعم أن مراد المصنف بيان الفرق بين ردّ الهبة بالاختيار وبين ردها بقضاء القاضي وهذا مع كونه غير صحيح في نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما إذا وكله بالهبة بما سبق من مسألة توكيله بالبيع، وماذا يقول في قوله **(فإذا عاد إليه)** أي إلى الموكل **(قديم ملكه كان له)** أي للوكيل **(أي يبيعه، والله أعلم)** فإنه صريح في أن مراده الفرق. بين البيع والهبة. وذكر في التتمة قال محمد: لا يشبه الهبة البيع، لأن الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع لأن الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة. فإذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له أن يبيع له ثانياً بحكمها، أما الوكالة بالهبة فتنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه، فإذا رجع الموكل في هبته عاد إليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانياً انتهى. قال في البدائع: ثم هذه الأشياء التي ذكرنا أنه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما إذا علم الوكيل به أو إذا لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة، لكن تقع المفارقة فيها بين البعض والبعض من وجه آخر، وهو أن الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري يرجع المشتري على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل، فكذا لو دبّره وأعتقه أو استحق أو كان حرّ الأصل، وفيما إذا مات الموكل أو جنّ أوهلك العبد الذي وكل ببيعه أو نحو ذلك لا يرجع.

مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه، وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وأبو يوسف سوّى في عدم العود بين الفصلين، ولعل إيراد هذه المسألة عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان أنسب، لكن لما ذكر العود هاهنا جرّد ذكرها في هذا الموضع، والله أعلم. **(ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به الخ)** ومن وكل آخر بشيء من الإثباتات أو الإسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة، فإذا وكله بعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه بنفسه بطلت، وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوّجها بنفسه حتى لو أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لانقضاء الحاجة، بخلاف ما لو تزوّجها الوكيل فأبانها فإن له أن يزوّجها لموكله لبقاء الحاجة، وكذا لو وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه لنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز، وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور أن يطلقها، وإنما قيد بقوله ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها لأنه إذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة أو اثنين بائنة كانت أو رجعية فإن له أن يطلقها ما دامت في العدة. والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادراً على الطلاق كان وكيله كذلك وما لا فلا، وكذا إذا وكل بالخلع فخالطها قوله: **(لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة)** متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت، فلو ردّ عليه بعيب

فكان ذلك دليل عدم الحاجة، أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة، فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه، والله أعلم.

والفرق أن الوكيل هناك وإن صار معزولاً بتصرف الموكل لكنه صار مغروراً من جهته بترك إعلامه إياه فصار كفيلاً له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة أو ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة، ومعنى الغرور لا يتقرّر في الموت وهلاك العبد والجنون وأخواتها فهو الفرق. ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم إن الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل، لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل، لأنه قبضه بأمره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه، ولو كان كذلك لرجع عليه، فكذ هذا، إلى هنا لفظ البدائع.

بالقضاء؛ فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل. وقيد بقوله بقضاء قاض لأن الموكل إذا قبضه بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع لأنه كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء. وقال محمد: له أن يبيعه مرة أخرى، لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق وهو باق، والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال، بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب، لأن الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة: أما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة، فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه، والله أعلم.

كتاب الدعوى

قال: (المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ومعرفة الفرق

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي أشهر أنواع الوكالات سبباً داعياً إلى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لأن المسبب يتلو السبب. ثم إن هاهنا أموراً من دأب الشراح بيان أمثالها في أوائل الكتب، وهي معنى الدعوى لغة وشرعاً وسببها وشرطها وحكمها ونوعها، فقال صاحب العناية: وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وفي عرف الفقهاء: مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى. واعترض عليه بعض الفضلاء بأن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة. أقول: هذا ساقط لأن كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافي استقامة تعريف نفس الدعوى بها، إذ المباينة لصحة الشيء لا تقتضي المباينة لذلك الشيء؛ ألا يرى أن كل شيء مباين لصحته لكونها وصفاً مغايراً له وليس بمباين لنفسه قطعاً غاية ما لزم هاهنا أن يكون صحة الدعوى مشروطاً بالمطالبة التي هي نفس الدعوى ولا محذور فيه، فإن صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائماً وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوي والشرعي على وجه البسط والتفصيل: وأما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع، لأن دعوى المدعي لا تخلو إما أن تكون أمراً راجعاً إلى إبقاء نسله أو أمراً راجعاً إلى بقاء نفسه وما يتبعهما، وكلاهما قد ذكرا. وأما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء، لأن الدعوى لا تصح في غير هذا المجلس حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي. ومن شرائط صحتها أيضاً أن يكون دعوى المدعي على خصم حاضر، وأن يكون المدعي به شيئاً معلوماً، وأن يتعلق به حكم على المطلوب لما أن الفاسدة من الدعوى هي أن لا يكون الخصم حاضراً وأن يكون المدعي به مجهولاً، لأن عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضي القضاء به، وأن لا يلزم على المطلوب شيء بدعواه نحو أن يدعي أنه وكيل هذا الخصم الحاضر في أمر من أموره، فإن القاضي لا يسمع دعواه هذه إذا أنكر آخر لأنه يمكنه عزله في الحال. وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا، ولهذا وجب على القاضي إحضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب. وأما أنواعها فشيئان: دعوى صحيحة، ودعوى فاسدة. فالصحيحة ما يتعلق بها أحكام وهي إحضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين إذا أنكر، وفي مثل هذه الدعوى يمكن إثبات المدعي بالبينة أو بالنكول، والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الأحكام، وفساد الدعوى بأحد معنيين: إما أن لا يكون ملزماً للخصم شيئاً وإن ثبتت على ما قلنا من أن يدعي على غيره أنه وكيله. والثاني أن يكون مجهولاً في نفسه والمجهول لا يمكن

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لأجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة. وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره. وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته. وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات، لأن المدعي به إما أن يكون راجعاً إلى النوع أو الشخص. وشرطها حضور خصمه ومعلومية المدعي به وكونه ملزماً على الخصم، فإن ادعى على غائب لم تسمع، وكذا إذا كان المدعى به مجهولاً لعدم إمكان القضاء. ولو ادعى أنه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لإمكان عزله في الحال. وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على

كتاب الدعوى

قوله: (وهي مطالبة حق الخ) أقول: فيه أن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة.

بينهما من أهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى، وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه، فمنها ما قال في الكتاب

إثباته بالبينة فلا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى. أقول: في تحريره نوع اختلال واضطراب، فإن قوله وأما شرط صحتها على الخصوص إلى قوله وأن يتعلق به حكم على المطلوب يدل على أن لصحتها شروطاً أربعة: وهي مجلس القضاء، وحضور الخصم، وكون المدعي به شيئاً معلوماً وأن يتعلق به حكم على المطلوب. ويقتضي هذا أن يكون فسادها بأحد أمور أربعة وهي: انتفاءات هذه الشروط الأربعة، وأن قوله لما أن الفاسدة من الدعوى هي أن لا يكون الخصم حاضراً إلى قوله لأنه يمكنه عزله في الحال يشعر بأن فسادها إنما هو بأمور ثلاثة، وهي عدم حضور الخصم، وأن يكون المدعي به مجهولاً، وأن لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى بناء على أن المعرف بلام الجنس إذا جعل مبتدأ كما في قوله إن الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو: الكرم التقوى. والإمام من قريش على ما عرف في علم العربية، وأن قوله وفساد الدعوى بأحد معنيين الخ يدل على أن فسادها بأحد الأمرين لا غير، لأن إضافة المصدر كما في قوله وفساد الدعوى تفيد القصر نحو ضربي زيداً في الدار على ما نص عليه العلامة التفتازاني في شروح التلخيص، ثم إن قوله وأما أنواعها فشيئان لا يخلو عن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطأة **(قال)** أي القدوري في مختصره **(المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة)** وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في متنه: المدعي من لا يجبر على الخصومة، وقال في شرحه لم يقل إذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لأنه غير مجبور حالتي الترك والفعل، والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى. أقول: فيه بحث إذ على تقدير ترك قيل الترك يلزم أن ينتقض تعريف المدعي بالمدعى عليه حالة الفعل فإنه يصدق عليه في هذه الحالة أنه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصوّر الجبر على الفعل حالة حصوله. وأما إيهام القيد المذكور الاختصاص فممنوع لاندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصور الجبر حالة الفعل **(ومعرفة الفرق بينهما)** أي بين المدعي والمدعى عليه **(من أهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى)** فإن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] والإنسان قد يكون مدّعياً صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع إذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما **(وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه)** أي في الفرق بينهما **(فمنها ما قال في الكتاب)** يعني مختصر القدوري **(وهو حدّ عام صحيح، وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة)** وهي البينة أو الإقرار أو النكول على قول من يرى أنه ليس بإقرار كما سيعلم في باب اليمين **(كالخارج، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد)**. قال صاحب العناية: وهو ليس بعام: أي جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة انتهى. أقول: يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين: أحدهما أنه يقبل في تلك الصورة قول المودع

الخصم بالنفي أو الإثبات. وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعاً للفساد المظنون ببقائها، وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة. قال **(المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الخ)** الدعوى لا تحصل إلا من مدّع على مدّعى عليه؛ فمعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى، فإن النبي ﷺ قال «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فلا بد من معرفتهما. وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه. فمنها ما قال في الكتاب: يعني القدوري: المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة، وهو حدّ عام صحيح. وقيل: المدّعي من لا يستحق إلا بحجة: يعني البينة أو الإقرار كالخارج، والمدّعى عليه من يكون مستحقاً بقوله

قوله: **(إما أن يكون راجعاً إلى النوع)** أقول: كما في دعوى النسب قوله: **(بل من حيث)** أقول: للتعليل.

---

(١) هو الحديث الآتي.

وهو حدّ عام صحيح. وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من

مع يمينه كما سيجيء في الكتاب فلا يصدق عليه أنه لا يستحق إلا بحجة، وثانيهما أن المودع في تلك الصورة لا يستحق شيئاً، فلا يصدق عليه أنه يستحق بحجة. ثم أقول: يمكن الجواب عن الوجهين معاً بأنه سيجيء في الكتاب أن الاعتبار عند الحذاق من أصحابنا للمعاني دون الصور، فلهذا أن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول مع اليمين، وإن كان مدعياً للرد صورة لأنه ينكر الضمان فيجوز أن يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورة، فحينئذ لا ضير في عدم تناول تعريف المدعي صورة المودع إذا ادعى ردّ الوديعة لعدم كونه مدعياً حقيقة أو معنى. ويمكن جواب آخر عن الوجه الأول بأن المودع من حيث أنه مدّع ردّ الوديعة لا يستحق إلا بحجة، وأما استحقاقه بقوله فإنما هو من حيث أنه مدعى عليه، وبالجملة قيد الحيثية معتبر. وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور: ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى. أقول: ويمكن الجواب عن هذا أيضاً بأن دفع استحقاق غيره لا ينافي استحقاق نفسه، بل يقتضيه بناء على أن الحقوق لا تتحقق بدون المستحق، فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافي صحة تعريفه بمن يكون مستحقاً بقوله، وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقاً بقوله من غير حجة، فإنه إذا قال هو لي كان مستحقاً له ما لم يثبت الغير استحقاقه. فإن قلت: صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقاً بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع أن استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقياً على ما كان عليه قبل الدعوى. قلت: هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها أيضاً بأن يقال: المراد بمن يكون مستحقاً بقوله من يكون ثابتاً على الاستحقاق بقوله على أن يكون مستحقاً مجازاً ثابتاً على الاستحقاق بقرينة قوله كذي اليد، ونظير هذا ما ذكره المفسرون في قوله تعالى: ﴿اهدنا الصراط المستقيم﴾ [الفاتحة: ٥] من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم؛ فالذي يلزم حينئذ من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر أن يتجدّد الثبات على الاستحقاق لا أن يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه. وأجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال: قد مرّ في الدرس السابق أو لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء، مع أن في العدول من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكون مستحقاً بقوله إيماء إلى دفع هذا الكلام، لأن معناه من يكون استحقاقه دائماً لدلالة الاسم على الدوام والثبات ا هـ. أقول: في كل من شقي جوابه نظر: أما في شقه الأول فلأنا سلمنا أن لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في أوائل الباب

من غير حجة كذي اليد، وهو ليس بعام: أي جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادّعى رد الوديعة، ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره. وقيل: المدعي من يلتمس غير الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر، وبمعناه قول من قال: المدعي كل من ادعى باطناً ليزيل به ظاهراً، والمدعى عليه من ادعى ظاهراً وقرار الشيء على ماهيته، والظاهر كون الأملاك في يد الملاك وبراءة الذمم، فالمدعي هو من يريد إزالة الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان عليه، ولعله منقوض بالمودع، فإنه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر، إذ ردّ الوديعة ليس بظاهر لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، ولهذا قلنا: إذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل ربّ المال وهو ينكر الوكالة فالقول لربّ المال، لأن المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلاً، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم

قوله: (يعني البينة أو الإقرار) أقول: أي بإقرار المدعى عليه قوله: (لعدم تناوله صورة المودع) أقول: إذ لا يصدق عليه أنه لا يستحق إلا بحجة حيث يقبل قوله أيضاً مع يمينه بل هو لا يستحق لشي وهذا هو الأولى في توجيه النقض قوله: (إذا ادعى رد الوديعة) أقول: فإنه لا يستحق لشي قوله: (ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه الخ) أقول: قد مر في الدرس السابق أن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع أن في العدول من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكون مستحقاً إيماء إلى دفع هذا الكلام لأن معناه من يكون استحقاقه دائماً لدلالة الاسم على الدوام والثبات.

غير حجة كذى اليد، بقوله من غير حجة كذي اليد، وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من

السابق، ولكن لا نسلم أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فتأمل. وأما في شقه الثاني فإنه لا يذهب على من له دربة بالعلوم الأدبية أنه لا فرق بين أن يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقاً بقوله في إفادة التجدد والحدوث، لأن صلة من في كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعاً، وكون الخبر اسماً في الثانية مما لا مدخل له في إفادة الدوام والثبات أصلاً، على أن الثقات من محققي النحاة كالرضي وأضرابه صرحوا بأن ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص، إما ماضياً أو حالاً أو استقبالاً، فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال. وقال الفاضل الرضي: وذهب بعضهم إلى أن كان يدل على استمرار مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي، وشبهته قوله تعالى: ﴿وكان الله سميعاً بصيراً﴾ [النساء: ١٥٤] وذهل أن الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعاً بصيراً لا من لفظ كان؛ ألا يرى أنه يجوز كان زيد نائماً فاستيقظ، وكان قياس ما قال أن يكون كن ويكون للاستمرار أيضاً. وقول المصنف فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائماً أو منقطعاً ردّ على ذلك القائل يعني أنه يجيء دائماً كما في الآية، ومنقطعاً كما في قولك كان زيد قائماً، ولم يدل لفظ كان على أحد الأمرين بل ذلك إلى القرينة، إلى هنا كلامه. فقد تقرر من هذا أنه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين، وإنما ذهب إليه بعض ذهولاً. وأم الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فمما لم يذهب إليه أحد قط، فما ذكره ذلك المجيب خارج عن قواعد العربية بالكلية، نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق بقوله بالجملة الاسمية لتم الفرق وليس فليس **(وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر)**. قال صاحب العناية: ولعله منقوض بالمودع فإنه مدعى عليه، وليس بمتمسك بالظاهر إذ ردّ الوديعة ليس بظاهر، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، ولهذا قلنا: إذ ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل ربّ المال وهو ينكر الوكالة فالقول لربّ المال لأن المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلاً، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدّع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان ا هـ. أقول: فيه بحث، إذ لا نسلم أن المودع من حيث هو مدعى عليه ليس هو بمتمسك بالظاهر. قوله إذ رد الوديعة ليس بظاهر. قلنا: مسلم لكن لا نسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه، بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر، وكذا لا نسلم أنه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو ردّ الوديعة. والحاصل أن صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعياً حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فأورد النقض على تعريفهما، وليس الأمر كما زعمه، كيف ولو تم ما زعمه لو ردّ النقض بالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة على التعريف الأول أيضاً بأنه مدع ردّ

الضمان. وقال محمد: في الأصل: المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله ﷺ «اليمين على من أنكر» وروي «اليمين على المدعى عليه» لكن الشأن في معرفة من أنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا: يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه: أي باعتبار المعنى دون الصورة، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فهو يدّعي الرد صورة، فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضاً فكان مدعى عليه، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة، وإذا عجز عنها اعتبر معناها، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه. قال **(ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره الخ)** قد ذكرنا أن معلومية المدعي به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك، وقدره مثل كذا وكذا درهماً أو ديناراً أو كرّاً، لأن فائدة الدعوى الإلزام بإقامة الحجة، والالزام في المجهول غير متحقق، فإن كان المدعي به عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحكم للإشارة

قوله: **(ولعله منقوض بالمودع الخ)** أقول: وبندفع باعتبار قيد الحيثية في كلا التعريفين.

يتمسك بالظاهر. وقال محمد رحمه الله في الأصل: المدعى عليه هو المنكر، وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصور، فإن المودع إذا قال رددت

الوديعة ويجبر على الخصومة مع أنهم اتفقوا على أنه حدّ عام صحيح. ثم إن ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة أيضاً فيما إذا ادعى المودع رد الوديعة، وأما على تقدير أن كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس أصلاً. واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية هاهنا حيث قال: فيه كلام، وهو أن في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل، بل إنما هي مجرد إنكار الضمان وثبوت الشيء في ذمته، بخلاف صورة الدين، وأشير إلى هذا في الكافي اهـ. أقول: نعم قد أشير إليه، بل صرح به في الكافي وعامة الشروح. والظاهر أن صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن بعد ذلك له أن يقول سلمنا أن في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال، ولكن في عهدته حفظ مال الوديعة، إذ قد تقرر في كتاب الوديعة أنها عقد استحفاظ، وأن حكمها وجوب الحفظ على المودع فكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ، والفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال فيتمشى كلامه، ويتم مرامه. وأما قوله ولهذا قلنا إذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الخ، فيجوز أن يكون مبنياً على مجرد الاشتراك بين المسألتين في كون الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، وإن كانتا مختلفتين بكون الاشتغال في إحداهما بالمال وفي الأخرى بالحفظ، فالذي يقطع عرق إيراد صاحب العناية هاهنا ما قدمناه لا غير (**وقال محمد رحمه الله: في الأصل المدعى عليه هو المنكر، وهذا صحيح**) لما ورد من قول النبي ﷺ «واليمين على من أنكر»[1] وروي «اليمين على المدعى عليه»[2] (**لكن الشأن في معرفته**) أي معرفة المنكر (**والترجيح بالفقه**) أي بالمعنى دون الصورة (**عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصورة فإن المودع**

إليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط نفياً للجهالة، وذلك في المنقول بالإشارة لأن النقل ممكن، والإشارة أبلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه، بخلاف ذكر الأوصاف فإن اشتراك شخصين فيها ممكن، فإذا حضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهماً مثلاً أشخص إليه، لأن الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك، فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم على هذا القضاة من أوّلهم إلى آخرهم: أي أجمعوا. والأصل فيه قوله تعالى ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون﴾ إلى قوله ﴿بل أولئك هم الظالمون﴾ سماهم ظالمين لإعراضهم عن الطلب، فإذا حضر وجب عليه الجواب بالإقرار أو الإنكار ليفيد حضوره، ولزم عليه إحضار المدعي به لما قلنا من الإشارة إليها، ولزم عليه اليمين إذا أنكره وعجز المدعي عن إقامة البينة، وسنذكره: أي وجوب اليمين عليه في

قوله: (**يعني إذا تعارض الجهتان الخ**) أقول: المراد بالجهتين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي لا الادعاء الصوري والإنكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه، فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضاً فلا يظهر ترجيح المعنوي.

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه أبو داود ٣٦١٩ والبيهقي ١٠/ ٢٥٢ والدراقطني ٣/ ١١٠ كلهم من حديث أبي هريرة: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر إلا في القسامة».

وكرره الدارقطني ٣/ ١١١ في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بأسانيد ضعاف. وأخرجه البيهقي ١٠/ ٢٥٢ من حديث ابن عباس بلفظ «لو يعطي الناس بدعواهم لادّعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر». وأصله في البخاري ٤٥٥١ ومسلم ١٧١١ والنسائي ٨/ ٢٤٨ والشافعي ٢/ ١٨١ والبيهقي ١٠/ ٢٥٢ وأحمد ١/ ٣٤٣، ٣٥١، ٣٥٦، ٣٦٣ كلهم من حديث ابن عباس.

ولفظه: «لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» وأخرجه البخاري مسلم مختصراً بلفظ «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين على المدّعى عليه» فهذا شاهد للحديث.

(٢) رواه البخاري ومسلم بهذا اللفظ، وهو عجز حديث، وتقدم تخريجه في الذي قبله.

الوديعة فالقول له مع اليمين وإن كان مدعياً للردّ صورة لأنه ينكر الضمان. قال: **(ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره)** لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة، والإلزام في المجهول لا يتحقق فإن كان

إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وإن كان مدعياً للردّ صورة لأنه ينكر الضمان) تعليل لقوله فالقول له مع اليمين. قال صاحب العناية: يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه: أي باعتبار المعنى دون الصورة، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة، فلو أقام على ذلك بينة قبلت، والقول له مع يمينه أيضاً فكان مدعى عليه، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة، وإذا عجز عنها اعتبر معناها، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه ا هـ. أقول: شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح. أما أوّلاً فلأنه غير مطابق للمشروح لأن قول المصنف والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله، لأن الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في أن المعتبر هو المعاني لا غير، وقول صاحب العناية: فإذا أقام البينة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناه مخالف له لأنه صريح في أن الصورة أيضاً معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح إحداهما على الأخرى. وأما ثانياً فلأن أول هذا الشرح مخالف لآخره، فإن قوله في الأول إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه: أي باعتبار المعنى دون الصورة، صريح في أن المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة، وقوله في الآخر فإذا أقام البينة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناها، صريح في أن كلتا الجهتين معتبرتان. ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب العناية هاهنا وتبيين مرامه فقال: المراد بالجهتين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي لا الادعاء الصوري والإنكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه، فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضاً فلا يظهر ترجيح المعنوي ا هـ. أقول: هذا أيضاً غير صحيح. أما أوّلاً فلأن الشرح لا يطابق المشروح حينئذ أيضاً، فإن قول المصنف لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين، وإن كان مدعياً للرد صورة يدلّ قطعاً على أن المراد بالصورة هاهنا الادعاء الصوري حيث جعل الصورة قيداً للادعاء في قوله وإن كان مدعياً للرد صورة. وأما ثانياً فلأنه لا معنى للتعارض بين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي، لأنه إما أن يراد بالتعارض هاهنا مجرد التخالف في الحقيقة أو التنافي في الصدق، وكلاهما غير متحقق بين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي. أما عدم تحقق الأول بينهما فظاهر، وأما عدم تحقق الثاني بينهما فلأن المنكر المعنوي فيما إذا قال المودع رددت الوديعة هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان، والمنكر الصوري هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد، ولا تنافي بين إنكاريهما في الصدق لجواز أن يصدقا معاً بأن لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه لهلاك الوديعة في يده من غير تعدّ منه، فإذا لم يتحقق شيء من معنى التعارض بينهما فكيف يصح أن يحمل عليه الجهتان في قوله: يعني إذا تعارض الجهتان. وأيضاً إنما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما في محل واحد، ومحل الإنكار الصوري مغاير لمحل الإنكار المعنوي فيما نحن فيه لقيام أحدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما، بخلاف الادعاء الصوري والإنكار المعنوي فإنه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الأول قطعاً، ومحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعاً للتعارض ونعم ما قيل ولن يصلح العطار ما أفسد الدهر. ثم إن الحق عندي أن يشرح هذا المقام على ما تقتضيه عبارة المصنف، وهو أنه إذا تعارضت الجهتان: أي جهة الادعاء الصوري وجهة الإنكار المعنوي فالترجيح بالفقه:

آخر هذا الباب. قال **(وإذا لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها)** يعني إذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها **(ليصير المدعي به معلوماً)** وذكر الوصف ليس بكاف **(لأن العين لا تعرف بالوصف)** وإن بولغ فيه لإمكان المشاركة فيه كما مر، فذكره في تعريفها غير مفيد **(والقيمة)** شيء **(تعرف به)** العين فذكرها يكون مفيداً، وقوله **(وقد تعذر مشاهدة العين)** جملة حالية من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف: يعني والحال أن المشاهدة تعذرت وإغلاق تركيبه لا يخفى **(وقال**

عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى، وكذا في الشهادة والاستحلاف، لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور، وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر، ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار

أي بالمعنى عند الحذاق من أصحابنا، فإن الاعتبار للمعاني دون الصور، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على أنه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعياً للرد صورة، وأن يقال في وجه قبول بينة المودع في تلك الصورة: إنما تقبل بينة المودع إذا أقامها على الرد لدفع اليمين عنه، فإن البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه، منها ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية في مسألة اختلاف الزوجين في قدر المهر حيث قال: إن المرأة تدعي الزيادة، فإن أقامت بينة قبلت، وإن أقام الزوج تقبل أيضاً لأن البينة تقبل لدفع اليمين كما إذا أقام المودع بينة على ردّ الوديعة على المالك تقبل ا هـ. فحينئذ يتضح المراد ويرتفع الفساد **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه)** كالدراهم والدنانير، والحنطة وغير ذلك **(وقدره)** مثل كذا وكذا درهماً أو ديناراً أو كراً. واعلم أن هذا في دعوى الدين لا في دعوى العين، فإن العين إذا كانت حاضرة تكفي الإشارة إليها بأن هذه ملك لي، وإن كانت غائبة يجب أن يذكر قيمتها على ما سيفصل. فإن قلت: عبارة الكتاب لا تدل على التقييد. قلت: نعم، إلا أن العبارة وقعت كذلك في عامة معتبرات المتون فلعلها بناء على انفهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل أحوال دعوى الأعيان، ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه إيضاحاً للمقام. وأما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها في متونهم إلى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة. قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة **(لأن فائدة الدعوى الإلزام)** أي الإلزام على الخصم **(بواسطة إقامة الحجة)**، والإلزام في المجهول لا يتحقق. أقول: فيه بحث، وهو أن عدم تحقق الإلزام في المجهول ممنوع، إذ قد تقرّر في كتاب الإقرار أن الإقرار بالمجهول صحيح، وقد مرّ في صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم إما بالإقرار وإما بالإنكار، فعلى تقدير أن أجاب الخصم بالإقرار يمكن الإلزام عليه في المجهول أيضاً لكونه مؤاخذاً بإقراره فينبغي أن تصح الدعوى فيه أيضاً لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالإقرار. وبالجملة إن الإلزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الإقرار، فإن لم يتصوّر الأول في دعوى المجهول يتصوّر الثاني فيها فلا يتم المطلوب. لا يقال: إقرار الخصم محتمل لا محقق فلا يتحقق الإلزام في دعوى المجهول بل يحتمل. لأنا نقول: المراد بتحقق الإلزام الذي عدّ فائد الدعوى إمكان تحققه دون وقوعه بالفعل، وإلا يلزم أن لا تتحقق الفائد في كثير من دعاوى المعلوم أيضاً، كما إذا عجز المدعي عن البينة ولم يقرّ الخصم بما ادعاه بل أنكر وحلف إذ حينئذ لا يقع الإلزام بالفعل قطعاً **(فإن كان)** أي المدعي **(عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها)** أي كلف المدعى عليه إحضار العين المدعاة إلى مجلس الحكم **(ليشير)** أي المدعي **(إليها بالدعوى)** هذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف **(وكذا في الشهادة والاستحلاف)** يعني إذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف

الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند أبي حنيفة، لأن حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده، فإنه صحح الصلح عن المغصوب على أكثر من قيمته، فلو لم يكن عين المستهلك ملكاً له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة، والصلح على أكثر من جنس الدين لا يجوز، وإذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم

قوله: **(فإن كان المدعي به عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحاكم للإشارة إليها)** أقول: يعني كلف المدعى عليه إحضار تلك العين للإشارة إلى تلك العين قوله: **(والإشارة أبلغ في التعريف لكونها الخ)** أقول: يعني لكون الإشارة.

العين المدعاة لما قلنا واليمين إذا أنكره، وسنذكره إن شاء الله تعالى. قال: **(وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوماً)** لأن العين لا تعرف بالوصف، والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين. وقال الفقيه أبو الليث:

المدعى عليه عليها كلف إحضاره إلى مجلس الحكم ليشير الشهود إليها عند أداء الشهادة، وليشير المدعى عليه إليها عند الحلف **(لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط، وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف)** حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضي عندها أو بعث أميناً، كذا في الكافي وغيره **(ويتعلق بالدعوى)** أي بالدعوى الصحيحة: أي بمجردها، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وجوب الحضور)** أي وجوب حضور الخصم مجلس القاضي **(وعلى هذا القضاة)** أي على وجوب حضور الخصم مجلس القاضي بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون﴾ إلى قوله: ﴿بل أولئك هم الظالمون﴾ [النور: ٤٨] سماهم ظالمين لإعراضهم عند الطلب **(من آخرهم)** أي من آخرهم إلى أولهم وقال صاحب النهاية: أي بأجمعهم، وهذا أيضاً صحيح بالنظر إلى المآل. وقال تاج الشريعة: أي من أولهم إلى آخرهم واقتفى أثره صاحب العناية، وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى **(في كل عصر)** فإن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فعله، وعثمان وعليّ رضي الله عنهما فعلا ذلك، والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منكر، وابن أبي ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه أبو حنيفة رحمه الله، إلى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الإجماع **(ووجوب الجواب إذا حضر)** عطف على وجوب الحضور: أي ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أم بلا **(ليفيد حضوره)** أي حضور الخصم، فإن المقصود من حضوره الجواب **(ولزوم إحضار العين المدعاة)** أي ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً لزوم أن يحضر المدعى عليه العين المدعاة إلى مجلس القاضي **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله ليشير إليها بالدعوى **(واليمين)** بالجر عطف على إحضار العين المدعاة، فالمعنى: ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً لزوم اليمين على المدعى عليه **(إذا أنكره)** أي إذا أنكر المدعى عليه ما ادعاه المدعي وعجز المدعي عن البينة **(وسنذكره إن شاء الله تعالى)** أي وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب قال: **(وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها)** هذا لفظ القدوري في مختصره: أي وإن لم تكن العين المدعاة حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدري مكانها ذكر المدعي قيمة العين المدعاة الغائبة **(ليصير المدعي معلوماً)** فتصح الدعوى بوقوعها على معلوم **(لأن العين لا تعرف بالوصف)** لإمكان مشاركة أعيان كثيرة فيه، وإن بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد

القاضي بماذا يقضي، فلا بد من ذكر الذكورة والأنوثة. ومن المشايخ من أبى ذلك لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة، فلا حاجة إلى ذكر الذكورة والأنوثة. قال **(وإن ادّعى عقاراً حدّده الخ)** إذا كان المدعي به عقاراً فلا بد من ثلاثة أشياء: تحديده، وذكر المدعي أنه في يد المدعى عليه، وأنه يطالبه به. أما الأول فللإعلام بأقصى ما يمكن فيه، وذلك إنما يكون

قوله: **(لأن الصحابة رضي الله عنهم فعلوا كذلك)** أقول: فيه تأمل قوله: **(على هذا القضاة من أولهم إلى آخرهم)** أقول: الموافق لظاهر عبارة الهداية من آخرهم إلى أولهم قوله: **(أي أجمعوا الخ)** أقول: يجوز أن يكون تفسير المتعلق على هذا القضاة، وأن يكون تفسيراً لقوله من أولهم إلى آخرهم قال المصنف: **(وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوماً)** أقول: قال العلامة النسفي في الكافي: إن المدعي إن لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى. وعزاه إلى القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة. وقال العلامة الزيلعي في شرح الكنز: فإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضاً بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته قال المصنف: **(والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين)** أقول: حال من الضمير المستتر في قوله تعرف به والعين تقوم مقام العائد إلى ذي الحال لاتحاده معه، ويجوز أن يتنازع قوله تعرف بالوصف وقول تعرف به في الحال قوله: **(إذا وقع الدعوى، إلى قوله: فذكرها يكون مفيداً)** أقول: يعني أن العين لا تعرف بالوصف وإن بولغ في الوصف لإمكان المشاركة في الوصف كما مر. فذكر الوصف في تعريف العين الغائبة غير مفيد والقيمة شيء تعرف به العين فذكر القيمة يكون مفيداً قوله: **(جملة حالية من قوله لأن العين الخ)** أقول: بل من قوله والقيمة تعرف به فإنه أقرب لفظاً ومعنى.

يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة. قال: (وإن ادعى عقاراً حدّده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه

(والقيمة تعرف به) أي والقيمة شيء تعرف العين به فذكرها يفيد (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله والقيمة تعرف به: أي والقيمة شيء تعرف به: يعني والحال أن المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة إذ ذاك أقصى ما يمكن الإعلام. وقد جعل صاحب العناية الجملة المزبورة حالية من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف فعليك الاختبار ثم الإختيار (وقال الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) قال صاحب الكافي نقلاً عن القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة: وإن كان العين غائباً وادعى أنه في يد المدعى عليه فأنكر أن بين المدعي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته، وإن لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أم قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه، لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به ا هـ. وقال صاحبا النهاية والكفاية نقلاً عن الإمام فخر الإسلام البزدوي: إذا كانت المسألة مختلفاً فيها ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي بيان القيمة، وإذا كلفه ولم يبين تسمع دعواه لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله، فلو كلفه بيان القيمة فقد أضرّ به، إذ يتعذر عليه الوصول إلى حقه، ثم قال: وإذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط عن الشهود بالطريق الأولى ا هـ. وقال الإمام الزيلعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي: فإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضاً، بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته ا هـ. وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما في الكافي: أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر، والجبر على البيان إذا أقرّ أو نكل عن اليمين فليتأمل، فإن كلام الكافي لا يكون كافياً إلا بهذا التحقيق، الحمد لله على التوفيق انتهى. أقول: يرد عليه ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول ديناً كان أو عيناً، فيقتضي صحة دعوى المجهول ملقاً مع أنهم صرحوا بأن من شرائط صحة الدعوى كون المدعي معلوماً غير مجهول، وأن رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة إنما وردت في دعوى العين الغائبة فقط. ويمكن أن يقال في دفعه إن مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور دعوى المجهول لا يقتضي صحة دعوى المجهول مطلقاً، بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها، وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة، وهي أن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به. وبقي بيان الفائدة فيها فبينها صاحب الدرر والغرر، بخلاف سائر صور دعوى المجهول إذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها، ولكن يرد حينئذ أن يقال: إن مثل تلك العلة المذكورة يتحقق في غير تلك الصورة أيضاً من صور دعوى المجهول، كما إذا كان لمورث رجل ديون في ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها أو لم يعرف أحدهما، فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها أو قدرها لتضرر به، إذ الإنسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلاً عن أن يعرفهما عند كونه في ذمم الناس، فينبغي أن تصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة مثل ما

بذكر البلدة، ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده، لأنه لما تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل صير إلى ذلك للتعريف، ولا بد من ذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم، إلا إذا كان معروفاً مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى فإنه يستغني عن ذكرهما، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا، خلافاً لزفر لوجود الأكثر، ومن هذا يعلم أن ذكر الاثنين لا يكفي، بخلاف ما إذا غلط في الحدّ الرابع وأنث في الكتاب باعتبار الجهة لأنه يختلف به: أي بالغلط في الحد المدعي، ولا كذلك بتركها، كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز، ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهما لأنه صار عقداً آخر بالغلط، وبهذا الفرق بطل قياس زفر

قوله: (على أكثر من قيمته) أقول: كما سيجيء في كتاب الصلح.

به) لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التجديد فإن العقار يعرف به، ويذكر الحدود الأربعة، ويذكر

قيل في صحة دعوى الأعيان الغائبة المجهولة مع أنه مما لم يقل به أحد. ثم أقول: الظاهر من قولهم: وإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود بالطريق الأولى أن في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعي وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به، لكنه مشكل جداً، فإن القاضي بعد أن سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة لم يحكم للمدعي على المدعى عليه، والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا: إن من شروط صحة الدعوى كون المدعي معلوماً، وعللوه بعدم إمكان القضاء بالمجهول. لا يقال: القاضي يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول. لأنا نقول: الجبر عليه إنما يصح لو أقرّ بما ادعى عليه على الجهالة، فإن التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث أجمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر في كتاب الإقرار. وأما إذا لم يقرّ به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يجمل شيئاً فلا وجه لإجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الإشكال. فإن قلت: القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم بردّ تلك العين نفسها إلى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول. قلت: قد مرّ في الكتاب أن العين إنما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها. وأيضاً إذا حكم القاضي بردّ العين الغائبة إلى صاحبها فعجز المحكوم عليه عن ردّها إلى صاحبها ولم يردها إليه فالقاضي إن حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الإشكال، وإن لم يحكم بها يضيع حق المدعي ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بينته فائدة. فإن قيل: القاضي لا يحكم على الخصم بشيء من المال بلا يحبسه ليردّ العين المدعاة إلى المدعي ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هي الحبس. قلنا: إلى متى يحبسه، إن حبسه أبداً يصير ظالماً له بعد أن ظهر عجزه عن ردّها إلى المدعي بأن يمضي على الحبس مدة يعلم بها أنه لو بقيت العين المدعاة لأظهرها على ما ذكر في كتاب الغصب، وإن حبسه إلى مدة ظهور عجزه عن ردها إلى المدعي ثم خلى سبيله من غير أن يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعهد في الشرع عند إثبات الحقوق المالية. وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الإشكال **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن ادعى عقاراً حدده)** أي ذكر المدعي حدوده **(وذكر أنه)** أي العقار **(في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به)** أي وذكر أن المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعي. أقول: هكذا وقع وضع هذه المسألة في عامة معتبرات المتون، ولكن فيه قصور إذ المتبادر منه أن ذكر حدود العقار كاف في تعريفه عند الدعوى، وليس كذلك إذ قد صرّح في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية أيضاً بأنه إذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود. وقال في الخلاصة: تصح الدعوى إذا بيّن المصر والمحلة والموضع والحدود.

الترك على الغلط، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة. وأما الثاني فلا بد منه لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان المدعي به في يده، وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعي عليه أنه في يده، بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده، حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل، وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك أو يعلم القاضي أنه في يده نفياً لتهمة المواضعة لأن العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه وكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث، بخلاف المنقول فإن اليد فيه مشاهدة. وأما الثالث فلأن المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه، وفي عبارته تسامح لأنه يؤول إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولأنه

قوله: **(وذلك إنما يكون بذكر البلدة الخ)** أقول: يعلم وجوب ذكر البلدة والموضع الذي هو فيه بطريق الدلالة فافهم.

أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولا بدّ من ذكر الجدّ لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح، ولو كان الرجل مشهوراً يكتفي بذكره، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافاً لزفر لوجود الأكثر، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لأنه يختلف به المدعي ولا كذلك بتركها، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة. وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده، وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة، أو علم

وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم، وذكر المصر أو القرية لازم انتهى. وقد صرح في معتبرات الفتاوى أيضاً بأن الفقهاء اختلفوا في البداءة، فقال الشيخ الإمام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندي في شروطه: إذا وقع الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار، ثم من ذكر المحلة، ثم من ذكر السكة، فيبدأ أولاً بذكر الكورة ثم بالمحلة اختياراً لقول محمد، فإن المذهب عنده أن يبدأ بالأعم ثم ينزل منه إلى الأخص. وقال أبو زيد البغدادي: يبدأ بالأخص ثم بالأعم، فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد، فيبدأ بما هو الأقرب ثم يترقى إلى الأبعد. قال: في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن أحسن، لأن العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لأن الأعم اسمه، فإن جعفراً في الدنيا كثير، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الأخص فيقول ابن محمد وهذا أخص، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الجد انتهى. وقال في المحيط: اختلف أهل الشروط في البداءة بالأعم أو بالأخص، وأهل العلم بالخيار في البداءة بأيهما شاء انتهى. وقال عماد الدين في فصوله: قلت اختلافات أهل الشروط أنه ينزل من الأعم إلى الأخص، أو من الأخص إلى الأعم إجماع منهم على شرطية البيان انتهى. فقد تلخص مما ذكرناه كله أن ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار، بل لا بد أيضاً من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر. قال المصنف في تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار **(لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل)** أي نقل العقار **(فيصار إلى التحديد، فإن العقار يعرف به)** أقول: لقائل أن يقول: إن تعذر النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالإشارة لجواز أن يحضر القاضي عند العقار أو يبعث أمينه إليه فيشير المدعى إليه في محضر القاضي أو أمينه بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر. ويمكن أن يدفع بأن المنقولات التي يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي أو أمينه عندها لعدم تأديه إلى الحرج، بخلاف العقارات فإنها كثيرة، فلو كلف القاضي بحضوره عندها أو بعث أمينه إليها لأدى إلى الحرج فافترقا

يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في يده، وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات وعن هذا: أي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول: يجب أن يقول وهو في يده بغير حق، لأن العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين بحق، وإن كان المدعي به حقاً في الذمة ذكر المدعي أنه يطالبه به لما قلنا: يعني قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة، لكن لا بد من تعريفه بالوصف بأن قال ذهباً أو فضة، فإن كان

قال المصنف: **(نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما)** أقول: قال ابن البزازي في فتاواه في كتاب الدعوى في آخر الفصل الخامس عشر في نوع من الخامس عشر: ذكر الصدر الشهيد وغيره في الفرق بين المنقول وغيره أن النقلي لو كان قائماً لا بد من إحضاره فيعاين الحاكم يده، وإن كان هالكاً فقد أقر بلزوم الضمان على نفسه وإقراره على نفسه حجة وفي العقار تهمة المواضعة ثابتة لأنه ليس في يد المالك بحسب الحقيقة بل اليد عليه بالحكم، فربما يتواضع المدعي مع غير المالك حتى يقر باليد ويقيم عليه شهوداً زوراً فيسامحه المدعى عليه ويوصل به الحكم ثم يحتج على المالك بحكم قاض آخر ويبرهن عليه فإن القضاء من أسباب الملك يطلق للشاهد الأداء بأنه ملكه بحكم الحاكم، ولو فسره أيضاً على الحاكم أن يقبله فصار الحكم فوق معاينة اليد، حتى لو فسر بأنه يشهد له بالملك بناء على اليد لا يقبل كما علم، وهذه التهمة في المنقول منتفية لأن المنقول يكون في يد المالك حقيقة فلا تتصور فيه تلك التهمة، ولأن المالك لا يمكنه من النقل والإحضار بين يدي الحاكم انتهى كلام ابن البزازي، فلا يرد ما اعترض عليه في بعض الشروح من كون تهمة المواضعة متصورة في العين أيضاً قوله: **(ليحكم القاضي باليد)** أقول: فيه بحث، إذ لا حكم هنا من القاضي للمدعى عليه، ولو سلم فهو

القاضي هو الصحيح نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما، بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة.

(ويذكر الحدود الأربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح) احتراز عما روى عنهما أن ذكر الأب يكفي **(ولو كان الرجل مشهوراً)** مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى **(يكتفي بذكره)** يعني لا حاجة إلى ذكر الأب والجد حينئذ لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب. وفي الدار لا بد من التحديد وإن كانت مشهورة عند أبي حنيفة، وعندهما لا يشترط لأن الشهرة مغنية عنه. وله أن قدرها لا يصير معلوماً إلا بالتحديد، كذا في الكافي وغيره **(فإن ذكر ثلاث من الحدود يكتفي بها عندنا خلافاً لزفر لوجود الأكثر)** دليل لنا: يعني أن إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع فنعمل به هاهنا أيضاً **(بخلاف ما إذا غلط في الرابعة)** أي في الحدّ الرابع وأنثه المصنف باعتبار الجهة يعني إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافاً لزفر. وأما إذا ذكر الحد الرابع أيضاً وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر **(لأنه يختلف به)** أي بالغلط **(المدعي ولا كذلك بتركها)** ونظير ما إذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز، ولو غلط في الثمن لا تجوز شهادتهما لأنه صار عقداً آخر بالغلط، وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط **(وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة)** فيجري في الثانية ما يجري في الأولى **(وقوله في الكتاب)** أي قول القدوري في مختصره **(وذكر أنه)** يعني العقار **(في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه)** أي المدعى عليه **(إنما ينتصب خصماً)** أي في دعوى العين **(إذا كان في يده)** أي إذا كان المدعي في يده **(وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه)** أي العقار **(في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة)** بأن يشهد الشهود أنهم عاينوا أن ذلك العقار المدعي في يد المدعى عليه، حتى لو قالوا سمعنا إقرار المدعى عليه بأنه في يده لم تقبل شهادتهم، وكذا الحال في غير هذه الصورة، وقد لا يفرق الشهود بين الأمرين فلا بد أن يسألهم القاضي أعن معاينة تشهدون أم عن سماع، كذا ذكر في معتبرات الفتاوى **(أو علم القاضي)** عطف على البينة أي أو بعلم القاضي أن ذلك العقار المدعي في يد المدعى عليه **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعض المشايخ فإن عندهم يكفي تصديق المدعى عليه أنه في يده، وإنما لا تثبت اليد في العقار إلا بالبينة أو علم القاضي على القول الصحيح **(نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه)** أي لعله **(في يد غيرهما)** أي غير المدعي والمدعى عليه. قال صاحب النهاية: أي يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه، وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير، ويؤدي ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره أنه في يد الثالث اهـ كلامه. وقد اقتفى أثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم

مضروباً يقول كذا كذا ديناراً أو درهماً جيد أو رديء أو وسط إذا كان في البلد نقود مختلفة، وأما إذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة إلى ذلك. وبالجملة: لا بد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف. قال **(وإذا صحت الدعوى الخ)** إذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم، فإنه على وجهين: إما أن يكون أمراً بالخروج عما لزمه بالحجة، أو يصير ما هو بعربية أن يصير حجة حجة، وذلك لأنه إما أن يعترف بما ادعاه أو ينكر، فإن كان

قضاء ترك لا قضاء استحقاق ولا فساد في نقض قضاء الترك؛ ألا يرى أنهما إذا ترافعا إلى القاضي وعجز المدعي عن البينة فحلف المدعى عليه يترك المدعي في يده، ثم إذا جاء المدعي بشهود يؤخذ منه. والحق ما في النهاية أخذاً من المبسوط فراجعه متأملاً قوله: **(ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول)** أقول: ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها، ثم الظاهر أن ضمير طلبه راجع إلى المدعي لا إلى الحق لئلا يلزم التفكيك فلا غبار قال المصنف: **(وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق)** أقول: قال صاحب الوقاية: وفي المنقول يزيد بغير حق. قال صدر الشريعة في شرحه: فإن الشيء يكون في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البائع لأجل الثمن. أقول: هذه تشمل العقار أيضاً، فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى. ونحن نقول: فإن احتمال كون المنقول في يد المدعى عليه بحق يزول بالمطالبة على ما صرحوا به فما وجه هذه الزيادة حتى حكموا بوجوبها كما صرح به صاحب الهداية. وأجاب صاحب الغرر عن اعتراض صدر الشريعة بأن يقال: إن

وقوله أنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه، ولأنه يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في

الشارح العيني. أقول: هذا خبط عظيم منهم، أما أوّلاً فلأن المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على أحد شيئاً بل يصدق المدعي في قوله إن العقار في يد المدعى عليه، ولا شك أن تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصوّر هناك من القاضي الحكم باليد للمدعى عليه، والحكم بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى. وأما ثانياً فلأن الحكم من القاضي لا يصح إلا بحجة من البينة أو الإقرار وقد انتفت بقسميها في تلك الصورة. أما انتفاء البينة فلأن المفروض أن لا تقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه. وأما انتفاء الإقرار فلأن الإقرار هو الإخبار بحق للغير على نفسه. ولا يخفى أن هذا المعنى غير متصوّر من المدعى عليه ولا من المدعي بالنسبة إلى حق اليد في تلك الصورة، فإذا لم تتحقق الحجة أصلاً لثبوت اليد للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هناك، فبطل قولهم ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه الخ. والصواب أن مراد المصنف هاهنا هو أن العقار قد يكون في يد غيرهما، وهما يتواضعان على أن يصدق المدعى عليه المدعي في أن ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعى عليه بأن ذلك العقار له فيحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذي كان ذلك العقار في يده في الواقع ويفضي ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير، ولقد أفصح الإمام قاضيخان في فتاواه عن هذا حيث قال: وذكر الخصاف عن أصحابنا أن رجلاً لو أقام البينة على رجل أن في يده الدار التي حدّها كذا وبيّن حدودها فإن القاضي لا يسمع دعواه ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقم البينة أن الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة أنها له لتوهم أنهما تواضعا في محدود في يد ثالث على أن يدعيه أحدهما فيقول الآخر بأنها في يده ويقيم المدعي بينته عليه أنها له والدار في يد غيرهما، وهذا باطل لأن هذا قضاء على المسخر ا هـ (**بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة**) فلا مجال للمواضعة المذكورة (**وقوله**) أي قول القدوري في مختصره (**وأنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه**) قال صاحب العناية: في عبارته تسامح لأنه يؤول إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالب مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالبة حقه فلا بد من طلبه ا هـ كلامه. أقول: كل من إيراده وجوابه ساقط. أما سقوط الأول فلأن الضمير في طلبه ليس براجع إلى حقه كما توهمه، بل هو راجع إلى ما يرجع إليه ضمير حقه وهو المدعي؛ فالمعنى المطالبة حق المدعي فلا بد من طلب المدعي حتى يجب على القاضي إعانته فلا مسامحة أصلاً. وأما سقوط الثاني فمن وجهين: الأول أن المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول هاهنا هو المدعى عليه، والذي دخل عليه الباء هو المدعي، فلو كان المعنى المطالب حق المدعي صار المعنى المدعى عليه حق المدعي، ولا خفاء في فساده.

الأول فالحكم فيه أن يأمره بأن يخرج عما أقرّ به لأن الإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الإنسان على نفسه، فكان الحكم من القاضي أمراً بالخروج على موجب ما أقرّ به، ولهذا قالوا: إطلاق الحكم توسع، وإن كان الثاني فالحكم فيه أن يجعل القاضيَ الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية أن تصير حجة إذا قضى القاضي بها حجة

دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين: إحداهما أن دعوى الأعيان لا تصح إلا على ذي اليد كما قال في الهداية إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده. والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة، كما قالوا إن شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة. إذا عرفتهما فاعلم أن في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد، بخلاف المنقول فإنه فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى، وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر. وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهداً لا يحتاج إلى إثباته، لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى. ورد هذا الجواب بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في العقار أيضاً ليزول احتمال كونه مرهوناً أو محبوساً بالثمن. ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في العقار أيضاً، وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر انتهى. وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعيناً بالملك العلام ومستمداً من ولي الفيض والإلهام فأقول: لا شك أن في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعي ثم شبهة في كونها بغير حق، وأن الثانية شبهة الشبهة، وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم، وأن شبهة الشبهة غير

يده، وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال، وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق. قال: (وإن كان

والثاني أن المدعي أيضاً ليس بحق المدعي البتة، بل إن ثبت دعوى المدعي يكون المدعي حقه وإلا فلا، ففي ابتداء الأمر من أين ثبت أنه حقه حتى يتم أن يقال هو حقه فلا بد من طلبه، اللهم إلا أن يقال إنه حقه في ابتداء الأمر أيضاً على زعمه، لكنه يحتاج حينئذ إلى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج إلى جعل المصدر بمعنى المفعول. ولا يخفى أن شأن المصنف بمعزل عن مثل هذا التعسف. وقال بعض الفضلاء: ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها اهـ. أقول: هذا بعيد عن الحق، وأبعد مما قاله صاحب العناية في جوابه. أما الأول فلما ذكرناه في سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين. وأما الثاني فلأن مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التأنيث وتأويل كل مطلوب مذكر بمؤنث، وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة، بخلاف ما قال صاحب العناية (ولأنه يحتمل أن يكون) أي المدعي (مرهوناً في يده)أي في يد المدعى عليه (أو محبوساً بالثمن في يده) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو قبل أداء الثمن (وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال) إذ لو كان مرهوناً أو محبوساً بالثمن لما طالب بالانتزاع من ذي اليد قبل أداء الدين أو الثمن (وعن هذا) أي بسبب هذا الاحتمال (قالوا) أي المشايخ (في المنقول) أي في دعوى المنقول (يجب أن يقول في يده بغير حق) أي يجب أن يقول المدعي هذا الشيء الذي أدعيه في يد المدعى عليه بغير حق إزالة لهذا الاحتمال، فإن العين في يد ذي اليد في تينك الصورتين بحق، أقول: يرد عليه أنه إن كان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول أيضاً فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة، كما في دعوى العقار فينبغي أن لا تجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول، كما لا تجب في دعوى العقار، وإن لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول يكون الدليل الذي ذكره المصنف في وجوب ذكر المطالبة في دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لأن المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه منقوضاً بصورة دعوى المنقول. ويمكن أن يجاب عنه بنوع بسط في الكلام وتحقيق في المقام، وهو أن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول أيضاً على ما يقتضيه الدليل الذي ذكره المصنف في دعوى العقار وفي دعوى الدين، لكن لا يجب ذكرها قبل إحضار المدعى عليه المنقول إلى مجلس القاضي، بل إنما يجب ذكرها بعد إحضاره إليه لأن إعلام المدعي بأقصى ما يمكن شرط، وذلك في المنقول لا يكون إلا بالإشارة كما مر، فما لم يحضر المنقول إلى مجلس القاضي لم تحصل الإشارة إليه، وما لم يحصل الإشارة إليه لم يصر معلوماً بما يجب إعلامه به، وما لم يصر معلوماً بهذا لم تتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به، يرشد إليه قول المصنف فيما سيأتي، لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة حيث يشير إلى أنه ما بقي شيء يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة. ولا شك أن

في حق العمل مسقطاً احتمال الكذب فيها، فإذا لا بد من السؤال لينكشف له أحد الوجهين؛ فإذا سأل، فإن اعترف به أمره بالخروج عنه، وإن أنكر سأل المدعي البينة لقوله ﷺ «ألك بينة؟ فقال لا، فقال: لك يمينه» سأل ﷺ ورتب اليمين على فقد البينة، فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب، وإن عجز عنها وطلب يمين

معتبرة إلا إذا اندفعت الشبهة فإن شبهة الشبهة حينئذ تكون شبهة معتبرة؛ ألا يرى أنهم إذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فإنه يحد لأن الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح إذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة، وأما إذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتباراً لشبهة الصدق. إذا تحققت هذه المقدمات فنقول: لو أتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه إذا كان في كلام مثبت أو منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الإفادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه فإن في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه، فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع شبهة كون اليد بحق. أو تقول: لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جملته، ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره، فاغتنم هذا

حقاً في الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من

إحضار المنقول إلى مجلس القاضي مما يتعلق به تمام الدعوى، فلم يجب قبله على المدعي ذكر المطالبة، فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه إذ ذاك أن يقول في يده بغير حق إزالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه إحضار المدعي المنقول إلى مجلس القاضي، ويصح للقاضي تكليفه بإحضاره إليه. والحاصل أن الاحتياج إلى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لأجل أن يجب على المدعى عليه إحضار المدعي إلى مجلس الحكم، ووجوب إحضار المدعي إلى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيرها. ثم لما زيد القيد المذكور في دعوى المنقول قبل إحضار المدعى عليه المدعي إلى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد إحضاره إليه إلا علة واحدة، وهي أن المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين، بخلاف دعوى العقار فإن لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف؛ وبهذا البسط والتحقيق تبين اندفاع اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية: أقول هذه العلة تشمل العقار أيضاً، فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم ا هـ. ثم إنها هاهنا كلمات أخرى للفضلاء المتأخرين، فلا علينا أن ننقلها ونتكلم عليها. فاعلم أن صاحب الدرر والغرر أجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال: إن دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين: إحداهما أن دعوى الأعيان لا تصح إلا على ذي اليد، كما قال في الهداية: إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده. والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة، كما قالوا إن شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة. إذا عرفتهما فاعلم أن في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد، بخلاف المنقول فإنه فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى، وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر. وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهداً لا يحتاج إلى إثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى ا هـ ورد عليه هذا الجواب بعضهم بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في العقار أيضاً ليزول احتمال كونه مرهوناً أو محبوساً بالثمن، ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في العقار أيضاً، وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر ا هـ. وقال بعض الفضلاء: وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام، فاستمع لما يتلى عليك مستعيناً بالملك العلام، ومستمداً من وليّ الفيض والإلهام، فأقول: لا شك أن في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعي ثم شبهة في كونها بغير حق، وأن الثانية شبهة الشبهة، وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم، وأن شبهة الشبهة غير معتبرة إلا إذا اندفعت الشبهة فإن شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة؛ ألا يرى أنهم إذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فإنه يحدّ لأن الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح إذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة. وأما إذا حضرت قبل الاستيفاء وادّعت النكاح لا يحدّ الرجل اعتباراً لشبهة الصدق. إذا تحققت هذه المقدمات فنقول: لو أتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه إذا كان في كلام مثبت أو منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الإفادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود، وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها، فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه فإن في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع بها شبهة كون اليد بحق. أو نقول: لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جملته، ولم يندفع في تلك الحالة. شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة

خصمه استحلفه عليها لما روينا، يريد به قوله ﷺ «لك يمينه» ولا بد من طلبه الاستحلاف لأن اليمين حقه؛ ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام في قوله «لك يمينه». قيل إنما جعل يمين المنكر حق المدعي لأنه يزعم أن خصمه أتوى حقه

تعريفه بالوصف لأنه يعرف به. قال: **(وإذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها)** لينكشف له وجه الحكم **(فإن اعترف قضى عليه بها)** لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه **(وإن أنكر سأل المدعي البينة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «ألك بينة؟ فقال: لا، فقال: لك يمينه» سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه

متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره، فاغتنم هذا فإنه هو الكلام الفصل والقول الجزل. ثم اعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار، إلى هنا كلامه. وأقول: ما ذكره ذلك الفاضل هاهنا وسماه بالتحقيق مما لا يجدي طائلاً وما هو بذلك التلقيب بحقيق. أما أولاً فلأن خلاصة كلامه هي أن مدعي العقار لو أتى بتلك الزيادة وجعلها قيداً للكلام الأول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهي شبهة كونه في يد الغير بحالها إذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد، وقد تقرر عندهم أن شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة، فأحالوا دفع شبهة الشبهة إلى كلام مستقل متأخر في الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي أطالبه، فإن في تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه في يد غيره فأوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة، لأن الحاصل منها أن لا يصح الإتيان بتلك الزيادة في دعوى العقار على أن تجعل تلك الزيادة قيداً للكلام الأول، وهذا لا ينافي صحة الإتيان بها على أن تجعل كلاماً مستقلاً بأن يقول المدعي إنه في يده وإن يده بغير حق، فإن الزيادة حينئذ تصير كلاماً مستقلاً كما ترى وتصير متأخراً في الرتبة عن ثبوت اليد كقوله أطالبه لأنه كما أن حق ذكر المطالبة أن يكون بعد ثبوت اليد، كذلك حق ذكر أن يده بغير حق بعد ثبوتها، إذ قبل ثبوت اليد كما لا فائدة في المطالبة لا فائدة أيضاً في بيان أن يده بغير حق، وهذا مما لا سترة به فلم يظهر وجه عدم تلك الزيادة مطلقاً في دعوى المنقول. وبالجملة إن ما ذكره وجه لفظي مخصوص بصورة كون الزيادة قيداً للكلام الأول لا وجه فقهي عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعاً. وأما ثانياً فلأنه حينئذ يبقى الإشكال في المقام بأن شبهة كون اليد بحق تندفع في دعوى المنقول أيضاً بالمطالبة، فينبغي أن تترك الزيادة المذكورة في دعوى المنقول كما تترك في دعوى العقار، ولا ينحل هذا الإشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى، لأن دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعاً من ذكر المطالبة في المنقول أيضاً فلا يدفع: أي لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال في المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه. وأما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الإشكال ما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل. ﴿الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله﴾ **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن كان حقاً في الذمة)** أي وإن كان المدعي حقاً ثابتاً في الذمة: يعني إن كان ديناً لا عيناً **(ذكر أنه يطالبه به)** يعني ذكر أنه يطالبه به من غير أن يشترط فيه ما يشترط في العين على ما فصل فيما مر **(لما قلنا)** تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه وإشارة إلى قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه **(وهذا)** أي الاكتفاء فيه بذكر المطالبة **(لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه)** أي تعريف ما في الذمة وهو الدين **(بالوصف)** أي بالصفة؛ فالمعنى لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدوري، ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره **(لأنه يعرف به)** أي لأن ما في الذمة يعرف بالوصف: أي الصفة، بأن يقال إنه جيد أو وسط

بإنكاره، فالشرع جعل له حق استحلافه، حتى إذا كان الأمر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون إتواء بمقابلة إتواء وهو مشروع كالقصاص، وإن كان الأمر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقاً، ثم إنما رتب اليمين على البينة لا على العكس لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه، لأن فيه إساءة الظن

فإنه هو الكلام الفصل، والقول الجزل. ﴿الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله﴾. ثم اعلم أن المطالبة في

الاستحلاف. قال: (فإن أحضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه

أو رديء بعد أن يذكر جنسه وقدره، ولكن إنما يحتاج إلى ذكر الصفة فيما إذاكان المدعي ديناً وزنيا إن كان في البلد نقود مختلفة. أما إذا كان في البلد نقد واحد فلا يحتاج إلى ذلك كما ذكر في الشروح ومعتبرات الفتاوى، وهذا كله على تقدير أن يكون مراد المصنف بالوصف هاهنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ، لكن الأظهر من حيث معنى المقام أن يكون مراده به معنى البيان، فالمعنى لكن لا بد من تعريف ما في الذمة أيضاً بالبيان: أي ببيان ما يحتاج إلى ذكره من جنسه وقدره مطلقاً، ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكفاية نقلاً عن الذخيرة وفصول الأسترُوشني. وبالجملة لا بد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذ صحت الدعوى)** أي وإذا صحت الدعوى بشروطها **(سأل)** أي القاضي **(المدعى عليه عنها)** أي عن الدعوى **(لينكشف له وجه الحكم)** أي لينكشف للقاضي وجه الحكم: أي طريق إن ثبت حق المدعي فإن الحكم منه يكون بأحد أمور ثلاثة: البينة، والإقرار، والنكول. ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال لينكشف له طريق حكمه **(فإن اعترف قضي عليه بها)** أي فإن اعترف المدعى عليه قضى القاضي عليه بالدعوى بمعنى المدعي أو بموجب الدعوى. ثم إن إطلاق لفظ القضاء هاهنا توسع لأن الإقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء، فكان الحكم من القاضي إلزاماً للخروج عن موجب ما أقرّ به، بخلاف البينة لأنها إنما تصير حجة باتصال القضاء بها، فإن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، وقد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها وأسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها، كذا في الشروح وغيرها، وقد أشار إليه المصنف بقوله **(لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره)** أي يأمر القاضي المدعى عليه **(بالخروج عنه)** أي عما يؤجبه الإقرار **(وإن أنكر)** أي المدعى عليه **(سأل المدعي البينة)** أي طلب القاضي من المدعي البينة **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** أي لقول النبي عليه الصلاة والسلام للمدعي **(ألك بينة؟ فقال لا)** أي قال المدعي لا بينة لي **(فقال)** أي قال النبي ﷺ **(لك يمينه)**[1] أي يمين المدعى عليه **(سأل)** أي سأل رسول الله ﷺ المدعي عن البينة **(ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال)** أي فلا بد للقاضي من السؤال عن البينة **(ليمكنه الاستحلاف)** أي ليمكن القاضي استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن أحضرها)** أي فإن أحضر المدعي البينة على وفق دعواه **(قضى بها)** أي قضى القاضي بالبينة **(لانتفاء التهمة عنها)** أي عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهي: أي البينة فعيلة من البيان لأنها دلالة واضحة يظهر بها الحق من الباطل، وقيل فيعْلة من البيْن إذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا في الكافي **(وإن عجز عن ذلك)** أي وإن عجز المدعي عن إحضار البينة **(وطلب يمين خصمه)** وهو

بالآخر وذلك لا يجوز، فوجب إقامة البينة على المدعي لإثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الإلزام عليه

المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار.

قوله: **(وإذا صحت الدعوى، إلى قوله فإنه الخ)** أقول: يعني فإن الحكم على وجهين: إما أن يكون أمراً بالخروج الخ.

قوله: **(وإن كان الثاني، إلى قوله: إذا قضى القاضي بها حجة)** أقول: قوله حجة مفعول ثان أن يجعل قال المصنف: **(لقوله عليه**

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٩ وأبو داود ٣٦٢٣ والترمذي ١٣٤٠ والطحاوي ٤/١٤٨ وفي المشكل ٤/٢٤٨ وكذا النسائي في الكبرى كما في التحفة ٩/٨٦ والبيهقي ١٠/١٤٤، ٢٥٤، ١٣٧، ٢٦١ وأحمد ٣١٧ كلهم من حديث علقمة بن وائل عن أبيه.

ولفظه مسلم: «قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق فقال رسول الله ﷺ للحضرمي: ألك بينة قال: لا قال: فلك يمينه قال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يُبالي على ما حلف عليه، وليس يتورّع في شيء فقال: ليس لك منه إلا ذلك فانطلق ليحلف فقال رسول الله ﷺ لما أدبر: أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقيَنّ الله، وهو عنه معرض».

وورد بنحوه في حديث عبد الله بن مسعود، أخرجه البخاري ٢٤١٦، ٢٤١٧، ٢٦٦٦، ٢٦٦٧، وأبو داود ٣٢٤٣ والترمذي ١٢٦٩ وابن ماجة ٢٣٢٣ والبيهقي ١٠/١٧٩، ١٨٠ وأحمد ١/٣٧٩، ٤٢٦، ٥/٢١١.

عليها) لما روينا، ولا بد من طلبه لأن اليمين حقه؛ ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه.

المدعى عليه **(استحلفه عليها)** أي استحلف القاضي خصمه على دعواه **(لما روينا)** إشارة إلى قول النبي ﷺ لك يمينه بعد أن قال المدعي لا **(ولا بد من طلبه)** أي من طلب المدعي استحلاف خصمه **(لأن اليمين حقه)** أي حق المدعي **(ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحلاف اللام)** أي كيف أضيف اليمين إلى المدعي بحلاف اللام في قوله ﷺ «لك يمينه»[(١)] والإضافة إليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على أن اليمين حقه، وإنما قال المصنف أضيف بتذكير الفعل مع كونه مسنداً إلى ضمير اليمين التي هي مؤنث على تأويل القسم أو الحلف. قال صاحب الكافي: والفقه فيه: أي في كون اليمين حق المدعي أن المدعي يزعم أنه أتوى حقه بإنكاره فشرع الاستحلاف، حتى لو كان الأمر كما زعم يكون إتواء بمقابل إتواء، فإن اليمين الفاجرة تدع الديار بلا وقع وألا ينال المدعي عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقاً، ولا يتضرّر به بوجه انتهى. وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما في الكافي: ثم إنما رتب اليمين على البينة لا على العكس، لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي للمدعي لأن فيه إساءة الظن بالآخر، وذلك لا يجوز فوجب إقامة البينة على المدعي لإثبات استحقاقه بها، فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الإلزام عليه بل على وجه التذكير له، فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه، إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين، فلو حلفناه أوّلاً ثم أقام المدعي البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية: وفي نظر، وبيّن وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال: وجه ذلك أن الشرع ولو ورد بتقديم اليمين لما كانت إقامة البينة بعد ذلك مشروعة، كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة ا هـ. وقال بعض الفضلاء: قوله لما كانت إقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث، بل تكون مشروعية البينة إذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل ا هـ. أقول: بحثه هذا ليس بشيء لأن مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كانت إقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد إليه قطعاً قوله كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة، ومراد صاحب النهاية أيضاً بقوله إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية إقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه، لأن افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة إنما يلزم في هذه الصورة، فاحتمال كون مشروعية البينة إذا عجز المدعى عليه عن اليمين بأن نكل لا يفيد في دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية، على أن هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لأن النكول عن اليمين ليس بعجز عنها، إذ هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعي، بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى. ثم أقول: بقي نظر آخر في كلام صاحب النهاية، وهو أن مشروعية إقامة البينة بعد اليمين تقتضي أن لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذوراً شرعياً، لأن إقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور، ومشروعية إقامتها بعد اليمين تقتضي حسنها، فإن كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا، والظاهر أن ما يستلزم الحسن الشرعي فهو حسن شرعي أيضاً فلا يصير الافتضاح المزبور محذوراً شرعياً فلا يتم التقريب فتأمل.

بل على وجه التذكير له، فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه، إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين، فمن الجائز إقامتها بعدها، وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة، وفيه نظر.

الصلاة والسلام «ألك بينة؟ فقال لا، فقال لك يمينه») أقول: الرواية في المصابيح «فلك يمينه» وهذا أظهر في الدلالة على الترتيب.

قوله: **(قيل إنما جعل)** أقول: هذا القيل لصاحب النهاية وأصله في المبسوط قوله: **(وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة)** أقول: انتهى كلام النهاية مع تفسير يسير في بعض عبارته قوله: **(وفيه نظر)** أقول: نقل من خط الشارح ما هو صورته: وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان إقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة. انتهى قوله لما كان إقامة البينة بعد ذلك مشروعة الخ فيه بحث، بل تكون مشروعية البينة إذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل.

---

(١) هو المتقدم.

باب اليمين

(وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبي حنيفة رحمه الله، معناه حاضرة في

باب اليمين

قال صاحب النهاية: وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما أن مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البينة، فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر في هذا الباب حكم اليمين ا هـ. أقول: فيه شيء، وهو أن كون مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البينة لا يجري على قول أبي يوسف رحمه الله، وعلى قول محمد رحمه الله في رواية كما سيظهر في صدر هذا الباب، فلم يكن ما ذكره وجهاً جامعاً لأقوال أئمتنا، على أنه لما ذكر فيما تقدم حال البينة إجمالاً ذكر فيه أيضاً حال اليمين إجمالاً، فهما مشتركان في الذكر الإجمالي فيما قبل هذا الباب. وأما تفاصيل أحكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل أحكام اليمين في هذا الباب، فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودي؛ فالأولى ما قاله صاحب العناية من أنه لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعي عن إقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين انتهى. وقال صاحب غاية البيان: أقول ما كان يحتاج هاهنا إلى الفصل بالباب، بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متوالياً، لأنه لما ذكر صحة الدعوى رتب عليها الحكم بالإقرار والبينة واليمين انتهى. وقال الشارح العيني بعد نقل ما في غاية البيان: قلت الذي رتبه المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها بأحكامها وشرائطها انتهى. أقول: هذا الكلام منه في معرض الجواب عما نقله من العجائب، لأن ما استقبحه صاحب غاية البيان إنما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة، كيف وقد قال: بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متوالياً، فما ذكره الشارح العيني مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكأنه ما فهم معنى صريح كلامه. ثم أقول: في دفع ذلك إن إفراد بعض المسائل من بين أخواتها بوضع باب مستقل لها أو كتاب أو فصل لكثرة مباحثها وأحكامها، أو لتعلق غرض آخر باستقلالها كإفراد الطهارة من بين سائر شروط الصلاة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم، وهذا الباب أيضاً من ذلك القبيل، ولهذا ترى الثقات من أصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على إفراد مسائل اليمين بباب أو فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف هاهنا بمحل استقباح ولا استبعاد كما لا يخفى **(إذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة)** هذا لفظ القدوري. قال المصنف **(معناه حاضرة في المصر)** أي معنى قول القدوري: إذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر. واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم، فإن البينة إذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما أشار إليه المصنف بقوله فيما سيأتي كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس، واحترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن الغائبة عن المصر، فإنها إذا غابت عن المصر يستحلف

باب اليمين

لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعي عن إقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين. قال **(وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة الخ)** إذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه» فإذا طالبه به يجيبه. ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا من

باب اليمين

قوله: **(فإنه ذكر اليمين بعد ما عجز الخ)** أقول: فيه تأمل، فإن دلالة ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة على أن لا يكون

المصر. وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف، فإذا طالبه به يجيبه. ولأبي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في العين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه، كما إذا كانت البينة

بالاتفاق. ثم إن الظاهر كان أن يقرن المصنف قوله معناه حاضرة في المصر بذكر قول القدوري إذا قال المدعي لي بينة حاضرة وقد أخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله فلعل وجهه أمران: أحدهما أن المصنف استقبح قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانتظر أن يتم جواب مسألة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر. وثانيهما أن فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف، فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسألتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لم تظهر فائدة هذا التفسير، فاقتضى هذا السرّ تأخير المصنف قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله **(وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه)** أي حق المدعي **(بالحديث المعروف)** فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبيل هذا الباب من قول النبي ﷺ «لك يمينه»[١] ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح: ويجوز أن يريد به قوله ﷺ «واليمين على من أنكر»[٢] أقول: لا يذهب على من تتبع أساليب تحرير المصنف في كتابه هذا أنه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما روينا كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا، وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا، فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه»[٣] لما عدل عن أسلوبه المقرر؛ ألا يرى أنه كيف جرى على ذلك الأسلوب في ذكر دليل أبي حنيفة رحمه الله حيث قال: إن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما روينا مريداً به الحديث المذكور فيما قبل. فالحق أن مراده بالحديث المعروف إنما هو قول النبي ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[٤] أي ما جوّزه صاحب الغاية لا غير. ويؤيده تحرير صاحب الكافي هاهنا حيث قال: وقال أبو يوسف رحمه الله: يستحلف لعموم قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[٥] انتهى. فإن قلت: الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لأن اليمين حقه، فإن كون اليمين حق المدعي يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه» حيث أضاف إليه اليمين بلام الملك والاختصاص. قلت: نعم ولكن يفهم ذلك أيضاً من قوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فإن كلمة على في قوله «على من أنكر»[٦]

قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي «ألك بينة؟ فقال لا، فقال: لك يمينه» فإنه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم، ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي، ولا ترد اليمين على المدعي لأنه ﷺ قسم بين الخصمين فجعل البينة على

حقه دونه ليست في الظهور بحيث لا يقبل المنع قال المصنف: (فلا يكون حقه دونه) أقول: لعل أبا يوسف يقول هذه الصيغة كقوله تعالى: ﴿فاستشهدوا شهيدين من رجالهم﴾. فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان. ثم هناك تقبل شهادة الرجال مع النساء بدون العجز عن شهادة الرجال فكذا هنا ينبغي أن يجوز الاستحلاف دون العجز عن البينة فليتأمل، فإنه يجوز أن يجاب عنه بأجوبة عديدة منها ما يشير إليه

---

(١) تقدم قبل حديث واحد.
(٢) تقدم قبل أربعة أحاديث.
(٣) تقدم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.
(٤) تقدم قبل ستة أحاديث.
(٥) هو المتقدم.
(٦) هو المتقدم.

حاضرة في المجلس. ومحمد مع أبي يوسف رحمهما الله فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي.
قال: **(ولا تردّ اليمين على المدعي)** لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» قسم

تدل على أن المنكر هوالمستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي. نعم انفهامه من الأول أظهر، لكن هذا لا يوجب حمل كلام المصنف رحمه الله على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة **(فإذا طالبه به يجيبه)** أي إذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يجيب القاضي المدعي: أي يحكم له بيمين المدعى عليه أو يجيب المدعى عليه المدعي: أي يحلف **(ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا)** من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعي «ألك بينة؟ فقال لا، فقال: لك يمينه»[١] فإنه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة **(فلا يكون حقه دونه)** أي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن إقامة البينة: أي بغير العجز عنها. أقول: لقائل أن يقول: إن كون ثبوت الحق في اليمين مرتباً على العجز عن إقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على أن لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا، فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[٢] **(كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس)** أي مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هناك فكذا هاهنا والجامع القدرة على إقامة البينة. أقول: لأبي يوسف رحمه الله أن يفرق بين الصورتين بأن يقول: إذ لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف، وهو أن يقصر المسافة والمؤنة عليه بإقرار المدعى عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل إلى حقه في الحال فكان له حق اليمين، بخلاف ما إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم، فإن هذا الغرض: أعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل إلى حقه في الحال يحصل بإقامة البينة، فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل إقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول أبي حنيفة رحمه الله هاهنا بطريق القياس أيضاً كما يشعر به كلام المصنف **(ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي)** قال صاحب غاية البيان: وهذه رواية عجيبة، لأن الشيخ أبا جعفر الطحاوي قال في مختصره: ومن ادّعى على رجل مالاً ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد إنكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي، فإن أبا حنيفة رحمه الله قد روى عنه في ذلك أن القاضي لا يستحلف له المدعى عليه إن ذكر المدعي أن له على دعواه بينة حاضرة، ولم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يستحلف له على ذلك، ولا يمتعه من استحلافه له ذكره أن له بينة حاضرة تشهد له على دعواه، إلى هنا لفظ الطحاوي في مختصره، وقد أنكر الرواية عن محمد أصلاً كما ترى، ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية أن محمداً مع أبي حنيفة رحمهما الله فيما ذكره الطحاوي؛ ألا ترى أن القدوري قال في كتاب

المدعي واليمين على من أنكر، والقسمة تنافي الشركة لأنها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه **(قوله وجعل جنس الأيمان على المنكرين في قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر» وليس وراء الجنس شيء)** استدلال آخر بالحديث، وفيه خلاف الشافعي وسيأتي. قال **(ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق الخ)** ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لأنه مدعى عليه، وليس عليه البينة لما روينا، وقيد بالملك المطلق احترازاً عن المقيد بدعوى النتاج، وعن المقيد بما إذا ادعيا

قوله كما إذا كانت الخ قوله: **(ومحمد مع أبي يوسف)** أقول: ولعل أبا يوسف يكتفي بالعجز في المجلس فإن للمجلس خصائص قال المصنف: **(قسم الخ)**.

---

(١) تقدم قبل قليل.
(٢) تقدم مراراً.

والقسمة تنافي الشركة، وجعل جنس الأيمان على المنكرين، وليس وراء الجنس شيء، وفيه خلاف الشافعي رحمه

التقريب: قال الطحاوي لم توجد هذه الرواية عن محمد انتهى كلام صاحب الغاية. وقال الشارح العيني بعد أن ذكر إنكار صاحب الغاية على المصنف في جعله محمداً مع أبي حنيفة فيما ذكر الطحاوي وبعد أن نقل ما قاله صاحب الغاية إجمالاً. قلت: لا وجه لهذا الإنكار لأن عدم وقوف الطحاوي على أن محمداً مع أبي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى. أقول: هذا الكلام منه عجيب، لأن الذي أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف إنما هو إسناد المصنف رواية كون محمد مع أبي حنيفة إلى الطحاوي بناء على أن الطحاوي قد أنكر هذه الرواية عن محمد بالكلية في مختصره، فكيف يصح أن يسندها المصنف إليه، وليس الذي أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله في أصلها، حتى يتمشى ما قاله العيني من أن عدم وقوف الطحاوي على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها، وكون محل إنكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما يتأدى عليه ألفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولا تردّ اليمين على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»)**[1] وجه الاستدلال به ما أشار إليه المصنف بقوله **(قسم)** أي قسم النبيّ ﷺ بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعي واليمين على من أنكر **(والقسمة تنافي الشركة)** لأن الشركة تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان. وبقوله **(وجعل جنس الأيمان على المنكرين)** إذ الألف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الأصول أن لام التعريف تحمل على الاستغراق، ويقدم على تعريف الحقيقة إذا لم يكن هناك معهود، وهاهنا كذلك **(وليس وراء الجنس شيء)** أي شيء من أفراد ذلك الجنس فيكون المعنى أن جميع الأيمان على المنكرين، فلو ردّ اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسألة المذكورة من وجهين كما ترى **(وفيه خلاف الشافعي)** أي في عدم ردّ اليمين على المدعي خلاف الشافعي. قال صاحب الكافي: وعند الشافعي إذا لم يكن للمدعي بينة أصلاً وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي، فإن حلف قضى به وإلا لا، لأن الظاهر صار شاهداً للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه، وكذا إذا أقام المدعي شاهداً واحداً وعجز عن إقامة شاهد آخر فإنه يردّ اليمين عليه، فإن حلف قضى له بما ادّعى، وإن نكل لا يقضي له بشيء، لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين[2]، ثم قال: وحديث الشاهد واليمين غريب، وما رويناه مشهور تلقته الأمة بالقبول

تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض، وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالإجماع. فإن قيل: أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدّعى عليه. قلت: نعم لأن قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي. فإن قلت: فهل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدّعى عليه قلت لا، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البينة وهاهنا لم يعجز، وإذا تعارضت بينة الخارج وبينة ذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعياً. وقال

أقول: استئناف بياني قال المصنف: **(وفيه خلاف الشافعي)** أقول: قيل إذا نكل المدعى عليه عن اليمين وطلب ردها على المدعي صار الظاهر شاهداً للمدعي وصار المدعي من هذه الحيثية منكراً، فإن المنكر من يتمسك بالظاهر وحينئذ يرتفع الخلاف ويكون النزاع لفظياً. قلنا: على تقدير تسليم ذلك لا يرتفع الخلاف، فإن الخلاف بيننا وبين الشافعي في جواز رد اليمين على المدعي وعدمه، وهذا يحققه، وإنما يكون تسليم ذلك رافعاً للخلاف لو كان الخلاف في جعل جنس الأيمان على المنكرين وعدمه، وليس كذلك بل الخلاف في جواز رد اليمين وعدمه في المجمع، ولا يجبر ردها على المدعي، فالصواب عدم تسليم صيرورة المدعي منكراً من حيثية النكول، إذ

---

(١) تقدم تخريجه قبل قليل.
(٢) هو الآتي.

الله. قال: **(ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق، وبينة الخارج أولى)**. وقال الشافعي: يقضي ببينة ذي اليد

حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه، على أن يحيى بن معين قد رده انتهى. وقال الإمام الزيلعي في التبيين: قال الشافعي: إذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه، فإذا نكل تردّ اليمين على المدعي، فإن حلف قضى له، وإن نكل لا يقضي له لأن الظاهر صار شاهداً للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه، فإنه لما كان الظاهر شاهداً له اعتبر يمينه. وقال أيضاً: إذا أقام المدعي شاهداً واحداً وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضي له، لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين» ويروى «أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد»[1]. ولنا ما

يلزم منه عدم تعيين المدعي والمنكر وعدم لزوم اليمين على معين ويلزم التسلسل في رد اليمين وكل ذلك باطل، وكذا ما يؤدي إليه قال المصنف: **(ولا تقبل بينة صاحب اليد الخ)** أقول: بل عليه اليمين إن عجز الخارج، ولهذا المعنى أوردها هنا، ويجوز أن يكون ذكرها

---

(١) جيد. أخرجه مسلم ١٧١٢ وأبو داود ٣٦٠٩ وابن ماجة ٢٣٧٠ وابن الجارود ١٠٠٦، والطحاوي ٤/ ١٤٤ والبيهقي ١٠/ ١٦٧، والشافعي ٢/ ١٧٨ والدارقطني ٤/ ٢١٤ وأحمد ١/ ٢٤٨، ٣١٥، ٣٢٣ كلهم من حديث ابن عباس ولفظ مسلم «أن رسول الله ﷺ قضى بيمين، وشاهد».
وورد أيضاً من حديث أبي هريرة. أخرجه أبو داود ٣٦١١، ٣٦١٠ والترمذي ١٣٤٣ وابن ماجة ٢٣٦٨ والبغوي ٢٥٠٣ والطحاوي ٤/ ١٤٤ والبيهقي ١٠/ ١٦٨ والشافعي ٢/ ١٧٩ وابن الجارود ١٠٠٧ وأبو يعلى ٦٦٨٣ وابن حبان ٥٠٧٣ ولفظه «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وورد من حديث جابر. أخرجه الترمذي ١٣٤٤ وابن ماجة ٢٣٦٩ وابن الجارود ١٠٠٨ والبيهقي ١٠/ ١٧٠ وأحمد ٣/ ٣٠٥.
وورد كذلك من حديث سعد بن عبادة أخرجه الترمذي ١٣٤٣ والدارقطني ٤/ ٢١٤، والبيهقي ١٠/ ١٧١ والشافعي ٢/ ١٧٩ وأحمد ٥/ ٢٨٥. ومن حديث علي أخرجه الدارقطني ٤/ ٢١٥ والبيهقي ١٠/ ١٧٠. زاد أحمد في رواية «إنما ذلك في الأموال» وجاء في نصب الراية ٤/ ٩٧: وأسند البيهقي عن الشافعي قوله: حديث ابن عباس ثابت لا يرى أحد من أهل العلم مثله، وهو لا يخالف ظاهر القرآن لأنا نحكم بشاهدين، وبشاهد وامرأتين، ولا يمين، فإذا كان شاهد حكمنا بشاهد ويمين اهـ. وقال ابن عبد البر: هذا حديث صحيح لا مطعن لأحد في إسناده ولا خلاف بين أهل العلم في صحته، وقد روى القضاء باليمين، والشاهد من حديث أبي هريرة، وعمر، وابن عمر، وعلي، وابن عباس، وزيد، وجابر، وسعد ابن عبادة، وعبد الله بن عمرو بن العاص، والمغيرة بأسانيد حسان. قال الزيلعي: والجواب على حديث ابن عباس من وجهين أنه معلول بالانقطاع.
قال الترمذي في علله الكبير: سألت البخاري عن هذا الحديث فقال: إن عمرو بن دينار لم يسمعه من ابن عباس اهـ. ومما يدل على ذلك قول الدارقطني عقب الحديث وخالفه عبد الرزاق حيث لم يذكر طاوساً، ومنهم من زاد جابر بن زيد، ورواية الثقات لا تعلل برواية الضعفاء.
وقال الطحاوي: لا أعلم قيس بن سعد يُحدث عن عمرو بن دينار بشي. قال الزيلعي: فيصير فيه انقطاعا. وقال ابن القطان: وإن أخرجه مسلم، فهو يُروى بالانقطاع من موصفين، ثم ذكر كلام البخاري، والطحاوي اهـ. وقال أبو داود عقب حديث أبي هريرة: وَرُوينا عن الشافعي عن عبد العزيز الدراوردي قال: فذكرت ذلك لسهيل بن أبي صالح فقال: أخبرني ربيعة، وهو عندي ثقة. أني حدثته إيّاه، ولا أحفظه. قال عبد العزيز: أصابت سُهيلاً عِلّة أذهبت بعض عقله، ونسي بعض حديثه.
ومن وجه آخر قال سليمان بن بلال: لقيت سهيلاً فسألته عن هذا الحديث، فقال: لا أعرفه. فقلت له: إن ربيعة أخبرني به عنك. قال: فإن كان ربيعة أخبرك، فحدث به عن ربيعة عني. وقال الترمذي: قال ربيعة: وأخبرني ابن سعد أن ابن عبادة قال: وجدنا في كتاب سعد أن النبي ﷺ قضي باليمين مع الشاهد. وحديث أبي هريرة حسن غريب وأخرجه الترمذي ١٣٤٥ من مرسل الباقر وقال: هذا أصحّ، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم، وهو قول مالك وأحمد وإسحاق، وخالفهم أهل الكوفة. وجاء في تلخيص الحبير ٤/ ٢٠٥ ما ملخصه: حديث ابن عباس قال النسائي: إسناده جيد وقال البزار: في الباب أحاديث حسان أصحّها حديث ابن عباس وقال ابن عبد البر: لا مطعن لأحد في إسناده كذا قال، وقد قال عباس الدوري في تاريخ يحيى بن معين عنه: ليس بمحفوظ، وقال البيهقي: أعله الطحاوي بأنه لا يعلم قيساً يحدث به عن عمرو بن دينار بشيء قال البيهقي: ليس ما لا يعلمه الطحاوي لا يعلمه غيره. وقال الحاكم: قد سمع ابن دينار من ابن عباس عدة أحاديث، وسمع من جماعة من أصحابه، فلا ينكر أن يكون سمع منه حديثاً وسمعه من بعض أصحابه عنه اهـ. الخلاصة: ابن دينار ثقة ثبت على فرض أنه لم يسمعه من ابن عباس فقد سمعه من بعض أصحابه كيف، وقد توبع!؟ وورد عن جماعة في الصحابة كما ذكر ابن عبد البر وغيره، فهذا حديث مراتبه أنه حسن أو صحيح. فائدة: قال النووي في شرح مسلم ١٢/ ٤ عقب حديث الشاهد واليمين: واختلف العلماء في ذلك، فقال أبو حنيفة والكوفيون والشعبي والحاكم والأوزاعي والليث والأندلسيّون من أصحاب مالك: لا يحكم بشاهد، ويمين في شيء من الأحكام. وقال جمهور علماء الإسلام من الصحابة والتابعين، ومن بعدهم من علماء الأمصار: يقضي بشاهد ويمين في الأموال وما يقصد به الأموال، وبه قال أبو بكر وعلي وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأحمد، وفقهاء المدينة، وسائر فقهاء الحجاز، ومعظم علماء الأمصار، وحجتهم حديث ابن عباس وغيره.

لاعتضادها باليد فيتقوّى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاد والتدبير. ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً أو إظهاراً لأن قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد، إذ اليد دليل مطلق الملك، بخلاف النتائج

روينا وما رواه ضعيف ردّه يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه، ولأنه يرويه ربيعة عن سهل بن أبي صالح وأنكره سهل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلاً عن أن يكون معارضاً للمشاهير، ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد: يعني بجنسه وتارة بيمين، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما، وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة، والمراد على التعاقب، ولئن سلم أن يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعي، بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه، ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر، فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملاً بالمشاهير، إلى هنا كلامه (قال) أي القدوري في مختصره **(ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق)** أراد بالملك المطلق أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب بأن يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك، وهذا لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات، وقيد الملك بالمطلق احتراز عن المقيد بدعوى النتاج، وعن المقيد بما إذا ادعيا تلقي الملك من واحد وأحدهما قابض، وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأرّخا وتاريخ ذي اليد أسبق، فإن في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالإجماع، كذا في الشروح. قال صاحب العناية بعد هذا، فإن قيل: أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه؟ قلت نعم، لأن قبولها من حيث ما ادعى من زيادة النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي. فإن قلت: فهل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه؟ قلت: لا، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البينة، وهاهنا لم يعجز، إلى هاهنا كلامه. وقد أورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الأوّل بأنه لو كان مدعياً لصدق تعريفه عليه، وليس كذلك فإنه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه. وعلى جوابه عن السؤال الثاني بأن مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلاً؟ أقول: إيراده الثاني متوجه ظاهر، وقد كنت كتبته في مسوداتي قبل أن أرى ما كتبه، وأما إيراده الأوّل فمندفع لأن ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث أنه مدع الزيادة المذكورة في الصور المزبورة، وإنما يجبر عليها من حيث أنه مدّعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده، وهذا ظاهر وكذا الخارج إنما لا يجبر على الخصومة من حيث أنه مدّع على ذي اليد استحقاقه لما في يده. وأما من حيث أنه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصورة المزبورة فيجبر عليها. وتحقيقه أن دعوى ذي اليد في الصورة المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث

الشافعي: يقضى ببينة ذي اليد لأنها اعتضدت باليد والمعتمد أقوى، فصار كما إذا أقاماها على نتاج دابة وهي في يد أحدهما، أو أقاماها على نكاح ولأحدهما يد، فإنه يقضى لذي اليد، وصار كدعوى الملك مع الإعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه، وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه، فبينة ذي اليد أولى من بينة الخارج على العتق، وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير. ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً: يعني في علم القاضي، أو إظهاراً: يعني في الواقع،

استطراداً للمسألة السابقة كأنه قيل: لا تقبل يمين المدعي ولا بينة المدعى عليه والدليل متحد وفي كليهما خلاف الشافعي قوله: **(فهو من تلك الجهة مدع)** أقول: لو كان مدعياً لصدق تعريفه عليه، وليس كذلك فإنه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه قوله: **(قلت لا لأن اليمين)** أقول: أنت خبير بأن مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلاً فليتأمل قوله: **(لعدم زيادة يصير بها الخ)** أقول: يعني لعدم زيادة يصير بتلك الزيادة ذو اليد مدعياً قوله: **(أو إظهاراً الخ)** أقول: لعل الأظهر أن أو للتخيير في التعبير قوله: **(لأن قدر ما أثبته اليد الخ)** أقول: تعليل لقوله إن بينة الخارج أكثر إثباتاً قوله: **(وما هو إلى قوله لأجله فيه)** أقول: الضمير في قوله فيه راجع إلى الموصول في قوله وما هو قوله: **(كما تقدم الخ)** أقول: في الورق السابق عند شرح قول المصنف: وإذا صحت الدعوى بشروطها:

لأن اليد لا تدل عليه، وكذا على الإعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها. قال: **(وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول وألزمه ما ادع عليه)** وقال الشافعي: لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي، فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال،

يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتدأة مقصودة بالأصالة، فمتى جرى الخارج على دعواه يدعي عليه ذو اليد الزيادة المذكورة، ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه، وإن ترك الخارج دعواه لا يدعي عليه ذو اليد شيئاً لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج، وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه أصلاً، ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرّر عندهم، وهو أن المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصورة المزبورة، كما إذا ادّعى رجل على آخر ديناً معيناً فادّعى الآخر عليه إيفاء ذلك الدين إياه أو إبراءه عن ذلكَ الدين فإن الأول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالإيفاء أو الإبراء، وكذا الحال في جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه. ثم أقول: بقي لنا كلام في أثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الأول، وهو أنه بيّن الزيادة التي يدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ، فالأول والثالث صحيحان، والثاني ليس بظاهر الصحة لأن معنى كون أحدهما قابضاً في الصورة الثانية أن يكون المدعي في يده بالفعل لا أن يثبت قبضه بالبينة على ما سيجيء تفسيره وبيانه في الكتاب، وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان. ولا يخفى أن كون المدعي في يد القابض في تلك الصورة أمر معاين لا يدعيه ذو اليد أصلاً فضلاً عن إقامة البينة عليه وقبول بينته بالإجماع فظهر أن بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتام. فالحق أن يقول بدل قوله والقبض وتلقي الملك من شخص مخصوص فتدبر **(وبينة الخارج أولى)** يعني أن بينة الخارج وبينة ذي اليد إذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا، وفي أحد قولي الشافعي تهاترت البينتان ويكون المدعي لذي اليد تركا في يده وهذا قضاء ترك. لا قضاء ملك، وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضي بها لذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المصنف بقوله **(وقال الشافعي: يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد)** أي لتأكد البينة باليد لأن اليد دليل الملك **(فيتقوى الظهور)** أي فيتقوّى ظهور المدعي **(وصار)** أي صار حكم هذه المسألة **(كالنتاج)** أي كحكم مسألة النتاج بأن ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد أن هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فإنه يقضي لذي اليد **(والنكاح)** أي وكحكم مسألة النكاح بأن تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فبينة ذي اليد أولى **(ودعوى الملك مع الإعتاق)** أي وكحكم مسألة دعوى الملك مع الإعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أن عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى **(أو الاستيلاد)**

فإن بينته ما كان ثابتاً في الواقع لأن قدر ما أثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد، لأن اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل، بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت الملك أو تظهره، وما هو أكثر إثباتاً في البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه. فإن قيل: بينة الخارج تزيل ما أثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل. أجيب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم، فقبله يكون الملك ثابتاً للمدعى عليه، وإثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت، والتأسيس أولى من التأكيد، بخلاف النتاج والنكاح، لأن اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة، فكانت كل واحدة من البينتين للإثبات فترجح

قوله: (وهما قد استويا في ذلك) أقول: يعني استويا في الولاء، وقوله وهما راجع إلى البينتين في قوله معناه أن البينتين في الإعتاق الخ.

ويمين المدعي دليل الظهور فيصار إليه. ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب، ولا وجه لردّ اليمين على المدعي لما قدمناه. قال:

عطف على الإعتاق. فالمعنى: أو دعوى الملك مع الاستيلاد بأن تكون أمة في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة أنها أمته استولدها فبينة ذي اليد أولى **(أو التدبير)** أي أو دعوى الملك مع التدبير بأن يكون عبد في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة أنه عبده دبره فبينة ذي اليد أولى **(ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً)** أي في علم القاضي **(أو إظهاراً)** أي في الواقع فإن بينته تظهر ما كان ثابتاً في الواقع **(لأن قدر ما أثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد، إذ اليد دليل مطلق الملك)** ألا يرى أن من رأى شيئاً في يد إنسان جاز له أن يشهد بأنه ملك له، فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل، وإنما هي مؤكدة للملك الثابت باليد، والتأكيد إثبات وصف للموجود لا إثبات أصل الملك. وأما بينة الخارج فمثبتة لأصل الملك، فصح قولنا إنها أكثر إثباتاً، وما هو أكثر إثباتاً في البينة فهو أولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه. هذا زبدة ما في الشروح في حلّ كلام المصنف هاهنا. فإن قيل: بينة الخارج تزيل ما أثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك، ولا يلزم تحصيل الحاصل. أجيب بأن البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيد بينة الخارج ما ثبت باليد، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم، فقبله يكون الملك ثابتاً للمدعى عليه، وإثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة ذي اليد مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت، والتأسيس أولى من التأكيد، كذا في العناية. أقول: بقي هاهنا شيء، وهو أن المتبادر من قولهم إن بينة الخارج أكثر إثباتاً ومن قولهم إن بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق أن لذي اليد أيضاً بينة وأن من حقه إقامتها على الملك المطلق أيضاً، إلا أن بينة الخارج أولى بالقبول من بينته لكونها أكثر إثباتاً، لكن التحقيق يقتضي أن لا يكون لذي اليد بينة شرعية في الملك المطلق، وأن لا يكون من حقه إقامتها على الملك المطلق أصلاً لأنه مدّعى عليه محض، وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] كما مر بيانه. فالأظهر في الاستدلال من قبلنا على مسألتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من أن لنا قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[2] فإنه عليه الصلاة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعي، لأن اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه إلا اليمين، والمدعي اسم لمن يدعي الشيء ولا دلالة معه، ولهذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوّة والخارج بهذه المثابة لأنه لا دلالة معه على الملك، بخلاف ذي اليد فإن اليد دليل الملك انتهى **(بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه)** فكانت بينة ذي اليد كبينة الخارج مثبتة له لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للإثبات فترجحت إحداهما باليد، وكذا الحال في النكاح، إلا أن المصنف لم يذكره من بين أخواته إما نسياناً وإما اعتماداً على معرفة حاله مما ذكره في النتاج **(وكذا على الإعتاق وأختيه)** أي وكذا اليد لا تدل على الإعتاق وأختيه وهما الاستيلاد والتدبير، فاستوت البينتان في الإثبات في هذه الصور أيضاً فترجحت إحداهما باليد **(وعلى الولاء الثابت بها)** أي بهذه الأشياء الثلاثة وهي: الإعتاق، والاستيلاد، والتدبير: يعني أن اليد لا تدل على الولاء

إحداهما باليد. فإن قيل: كان الواجب أن تكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر إثباتاً لأنها تثبت اليد والنتاج، وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير. أجيب بأن بينة النتاج لا توجب إلا أولية الملك وهما تساويا في ذلك ويترجح ذو اليد باليد فيقضى له **(قوله وكذا على الإعتاق)** أي اليد لا تدل على الإعتاق والاستيلاد والتدبير، فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد **(قوله وعلى الولاء الثابت بها)** أي بالإعتاق والاستيلاد والتدبير، ومعناه أن البينتين في الإعتاق وأختيه تدلان على

---

(١) تقدم قبل بضعة أحاديث.

(٢) تقدم مراراً.

(وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادّعاه) وهذا الإنذار

الثابت بها أيضاً فاستوت البينتان في ذلك أيضاً فترجحت إحداهما باليد **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول)** أي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول **(وألزمه ما ادعى عليه)** أي وألزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي. وفي بعض نسخ مختصر القدوري: ولزمه بدل وألزمه: أي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي **(وقال الشافعي: لا يقضى به)** أي بالنكول **(بل يرد اليمين على المدعي، فإذا حلف)** المدعي **(يقضى به)** أي يقضى له بما ادعاه، وإن نكل المدعي أيضاً انقطعت المنازعة **(لأن النكول)** تعليل لقوله لا يقضى به **(يحتمل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة)** أي عن اليمين الصادقة، كما روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه أنه نكل عن اليمين وقال: أخاف أن يوافقها قضاء فيقال إن عثمان حلف كاذباً، كذا ذكره الإمام خواهر زاده في مبسوطه **(واشتباه الحال)** أي ويحتمل اشتباه الحال عليه بأن لا يدري أنه صادق في إنكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع **(فلا ينتصب)** أي لا ينتصب نكول المدعى عليه **(حجة مع الاحتمال)** المذكور **(ويمين المدعي دليل الظهور)** أي دليل ظهور كون المدعي محقاً **(فيصار إليه)** أي فيرجع إلى يمين المدعي **(ولنا أن النكول)** أي نكول المدعى عليه **(دل على كونه باذلاً)** أي دل على كون المدعى عليه باذلاً إن كان النكول بذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة **(أو مقرّاً)** أي على كونه مقرّاً إن كان النكول إقراراً كما هو مذهبهما **(ولولا ذلك)** أي ولولا كونه باذلاً أو مقرّاً **(لأقدم على اليمين إقامة للواجب)** وهو اليمين لأنها واجبة عليه لقوله ﷺ «واليمين على من أنكر» وكلمة على للوجوب **(ودفعاً للضرر عن نفسه)** أي دفعاً لضرر الدعوى عن نفسه **(فترجح هذا الجانب)** واعلم أن حلّ المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من مداحض هذا الكتاب، ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح هاهنا عن اختلال واضطراب، فقال صاحب العناية: فترجح هذا الجانب: أي جانب كونه باذلاً إن ترفع أو مقرّاً إن تورّع، لأن الترفع والتورع إنما يحل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير انتهى. أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأن توزيع كونه باذلاً أو مقراً إلى التورّع والترفع مما لا يكاد يصح هاهنا، لأن النكول عند أبي حنيفة بذل لا غير، وعندهما إقرار لا غير، فعلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان في هذا الجانب على الترفع والتورع معاً في واحد من المذهبين، بل إنما يثبت رجحان كونه باذلاً في مذهب أبي حنيفة على الترفع فقط، ورجحان كونه مقرّاً في مذهبهما على التورع فقط، وبه لا يتم المطلوب على شيء من المذهبين، لأن الترفع وحده أو التورع وحده يحتمل واحداً من المحتملات المذكورة في دليل الشافعي، وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مراداً للناكل حتى يتم المطلوب. والحاصل أن في تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى. وأما ثانياً فلأنا لا نسلم

الولاء، إذ الولاء حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده **(قال: وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين الخ)** وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول وألزمه ما ادّعاه عليه، وقال الشافعي: لا يقضى عليه بل تردّ اليمين على المدعي، فإن حلف قضى به، وإن نكل انقطعت المنازعة، لأن نكول المدعى عليه يحتمل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال، وما كان كذلك لا ينتصب حجة، بخلاف يمين المدعي لأنه دليل الظهور فيصار إليه. ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً إن كان النكول بذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة، أو مقراً إن كان إقراراً كما هو مذهبهما، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب لأنها واجبة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على

قوله: **(إذا لم يفض إلى الضرر الخ)** أقول فيه بحث، فإن ما ذكره من الإفضاء بالضرر إلى الغير غير ظاهر قوله: **(واعترض بأن الإلزام الخ)** أقول: هذا الكلام لا يتوجه من طرف الشافعي، إذ ليس في الآية دلالة على الإلزام بيمين المدعي أيضاً إلا أن يكون إلزامياً، ويقال القضاء بالنكول زيادة على الكتاب وهي نسخ عندكم فليتأمل قوله: **(والإجماع يدل على جوازه)** أقول: الإجماع لا ينسخ ولا ينسخ به **(قول وهو بلغة أهل الروم أصبت)** أقول: بل معناه في لغتهم جيد.

لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء. قال: (فإذا كرّر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول)وهذا التكرار

أن التورّع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما فيما نحن فيه، إنما يحلّ إذا لم يفض إلى الضرر بالغير بل الظاهر أن التورّع عنها واجب في كل حال. واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، فإن ما ذكره من الإفضاء إلى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى. أقول: هذا غير وارد، فإن الإفضاء إليه في صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جداً، لأن كون المنكر كاذباً في يمينه إنما يتصوّر فيما إذا كان للمدعي حق عليه في الواقع، فحينئذ لو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل أو الإقرار أفضى إلى الضرر بالمدعي قطعاً لتضييع حقه وهو ما ادعاه، وكذا الإفضاء إليه في صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بأدنى تأمل، لأن يمين المنكر حق المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه»[1] كما مرّ، فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون رضا المدعي بالبذل ونحوه أفضى إلى الضرر بالمدعي بمنع حقه وهو يمين خصمه. وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية: فترجح هذا الجانب: أي جانب كونه باذلاً أو مقراً على جانب التورع، لأن الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب في نكوله انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث، أما أولاً فلأن ما ذكراه من الدليل إنما أفاد رجحان هذا الجانب: أي جانب كونه باذلاً أو مقرّاً على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما ألزمه الشرع فلا ينبغي أن يلتزمه الناكل، ولم يفد رجحانه على التورّع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورّع، وإن أريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والإقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع أيضاً داخلاً في ذلك الجانب. يبقى أن يقال: ما ذكراه من الدليل إنما أفاد رجحان جانب كونه باذلاً أو مقرّاً على الترفع عن اليمين الصادقة فقط، وهو يحتمل واحداً من المحتملات المذكورة في دليل الخصم، وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفاً. وأما ثانياً فلأن ما ذكراه من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير منفهم منه، فكيف يتم بناء شرح قوله المصنف، فترجح هذا الجانب عليه، والفاء في فترجح تقتضي التفريع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى. وقال صاحب غاية البيان: فترجح هذا الجانب: أي ترجح جانب كون الناكل باذلاً أو مقرّاً على الوجه المحتمل، وهو كونه متورّعاً أو نحو ذلك لأن النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه، فلولا أن النكول بذل أو إقرار لكان النكول امتناعاً عن الواجب وظلماً على المدعي، والعاقل الدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم. والحاصل أن النكول إن كان امتناعاً عن اليمين الكاذبة يكون إقراراً، وإن كان امتناعاً عن اليمين الصادقة يكون بذلاً انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث، أما أوّلاً فلأن قوله وظلماً على المدعي ليس بتامّ، إذ لا نسلم أن النكول لو لم يكن بذلاً أو إقراراً لكان ظلماً على المدعي لجواز أن يكون للترفع عن اليمين الصادقة، فحينئذ لا يتحقق الظلم على المدعي لأن صدق المدعى عليه في إنكاره يستلزم كذب المدعي في دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم، اللهم إلا أن يقال: يجوز أن يعدّ النكول ظلماً على المدعي في صورة صدق المدعى عليه أيضاً من جهة أن يمين المدعى عليه حق المدعي بموجب الحديث على ما مر، وأن في النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالماً على المدعي في الجملة. وأما ثانياً فلأن في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل أن النكول إن كان امتناعاً عن

المدعي واليمين على من أنكر» وكلمة على للوجوب، ودفعاً للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب: أي جانب كونه باذلاً إن ترفع، أو مقرّاً إن تورّع، لأن الترفع أو التورع إنما يحل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير. واعترض بأن الإلزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس، لأن الله تعالى قال ﴿واستشهدوا من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾ فالقضاء بالنكول يخالفه. وقال ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهداً له، وبنكوله صار الظاهر شاهداً للمدعي فتعود اليمين إلى جانب المدعي، ولهذا

---

(١) تقدم مراراً رواه البخاري ومسلم.

ذكره الخصاف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء العذر، فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والأول أولى، ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف، وقد يكون حكمياً بأن

اليمين الكاذبة يكون إقراراً، وإن كان امتناعاً عن اليمين الصادقة يكون بذلاً خللاً حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين، بل يحتاج إلى خلطهما على ما بيناه في بحثنا الأول في كلام صاحب العناية. فالصواب عندي في حلّ مراد المصنف هاهنا أن يقال: فترجح هذا الجانب: أي جانب كون الناكل باذلاً أو مقراً على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بناء على مقتضى ما سبق من قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه. وبيان ذلك أن العاقل الدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتملة. أما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر، إذ هو ليس بأمر ضروري أصلاً حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس، وأما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلأن المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن عهدته، فإن لم يكن الناكل باذلاً أو مقرّاً ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعاً. وأما باشتباه الحال فلأن من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضاً بل يتحرى فيقدم على إقامة الواجب أو يعطي حق خصمه فيسقط عن عهدته الواجب، فإن لم يكن الناكل باذلاً أو مقراً ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضاً. وبالجملة إن قول المصنف إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بأسرها فيترجح كون الناكل باذلاً أو مقراً بالضرورة **(ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه)** أشار به إلى قوله ولا ترد اليمين على المدعي لقوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] الخ، ونحن أيضاً قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي في ردّ اليمين على المدعي وأجوبتنا عنه نقلاً عن الكافي والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وينبغي للقاضي أن يقول له)** أي للمدعى عليه **(إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً)** أي ثلاث مرات **(فإن حلفت)** أي إن حلفت خلصت أو تركتك **(وإلا قضيت عليك بما ادّعاه)** أي بما ادّعاه المدعي. قال المصنف **(وهذا الإنذار)** أي قول القاضي وإلا قضيت عليك بما ادعاه **(لإعلامه بالحكم)** أي الحكم بالنكول **(إذ هو موضع الخفاء)** لكونه مجتهداً فيه، فإن للشافعي خلافاً فيه، فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب أن يعرفه حتى يحلف أو ينكل، كذا في الشروح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإذا كرّر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول)**. قال المصنف **(وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعذار)** أي في إظهارها: يعني أن هذا التكرار الذي ذكره الخصاف للاستحباب لا لأنه شرط لجواز القضاء بالنكول، ونظيره إمهال المرتد ثلاثة أيام، فإنه مستحب لا واجب؛ وأوضح هذا بقوله **(فأما المذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه)** من أن النكول بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعضهم أنه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ، كذا

بدأنا في اللعان بالأيمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر، فإن الإنسان لا يلوّث فراشه كاذباً وإن كان مدعياً. وأجيب بأن الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول، لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه، والإجماع يدل على جوازه، فإنه روى إجماع الصحابة على ذلك، وما روي عن عليّ رضي الله عنه أنه حلف المدعي بعد

قوله: **(فإن للشافعي خلافاً فيه لما مر)** أقول: فإن زمان الشافعي متأخر، ولا وجه لكون كلام أبي حنيفة مبنياً عليه، وإنما قال أولى دون الصواب لأن مبنى قول أبي حنيفة كون الحكم بالنكول محل الاجتهاد دون خلاف الشافعي، وخلاف الشافعي يستدل به على أنه حل الاجتهاد، فقوله مجتهد فيه معناه أنه يمكن الاجتهاد فيه فليتأمل قوله: **(ليس بشرط لجواز القضاء الخ)** أقول: قوله لجواز القضاء متعلق بقوله بشرط قوله: **(وليس التكرار بشرط في شيء منهما)** أقول: يعني من البذل والإقرار قوله: **(وصورة ذلك)** أقول: أي صورة العرض ثلاث مرات.

---

(١) أخرجه أبو داود من حديث أبي هريرة، وقد تقدم تخريجه قبل قليل مستوفياً.

يسكت، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح. قال: **(وإن كانت الدعوى**

في أكثر الشروح، وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقدير بالثلاث في عرض اليمين لازم في المروي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، والجمهور على أنه للاحتياط، حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح انتهى. وقال صاحب غاية البيان: احتراز عن قول الخصاف فإنه يشترط التكرار انتهى. أقول: هذا ليس بشرط صحيح، فإن المصنف بعد ما صرّح بأن الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعذار كيف يزعم أنه اشترط التكرار فيحترز عن قوله **(والأول أولى)** أي العرض ثلاث مرات أولى: يعني أن القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الأولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات. وفي النهاية: وذكر في فتاوى قاضيخان صورة المسألة قال: رجل قدّم رجلاً إلى القاضي فادّعى عليه مالا أو ضيعة في يده أو حقاً من الحقوق فأنكر فاستحلفه القاضي فأبى أن يحلف، فإنه ينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا ألزمتك المدعي، ثم يقول له القاضي: احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شيء منه، فإن أبى أن يحلف بالله في المرة الأولى يقول له في المرة الثانية كذلك، فإن أبى أن يحلف في المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم أقضي عليك إن لم تحلف، ثم يقول له ثالثاً احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه، فإن أبى أن يحلف يقضي عليه بدعوى المدعي، وإن قضى القاضي بالنكول في المرة الأولى نفذ قضاؤه انتهى. قال صاحب الكافي: ولا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء، وهل يشترط القضاء على فور النكول؟ فيه اختلاف انتهى. وقال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: ولا بد من أن يكون النكول في مجلس القاضي لأن المعتبر يمين قاطع للخصومة، ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر. وهل يشترط القضاء على فور النكول؟ فيه اختلاف. ثم إذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه، إلا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه، فإن وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها، وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها، وهذا القول مهجور غير مأخوذ به، وليس بشيء أصلاً لأن عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر. وكان شريح رحمه الله يقول: اليمين الفاجرة أحق أن تردّ من البينة العادلة، وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة؟ والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه: إن كان لفلان عليّ ألف درهم فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعي البينة أن له عليه ألفاً، وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه، وعند محمد لا يظهر، إلى هاهنا كلامه **(ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف وقد يكون حكمياً بأن يسكت، وحكمه)** أي حكم الثاني وهو الحكمي **(حكم الأول)** وهو الحقيقي **(إذا علم**

نكون المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك. روي عن شريح أن المنكر طلب منه ردّ اليمين على المدعي، فقال: ليس لك إليه سبيل، وقضى بالنكول بين يدي عليّ رضي الله عنه، فقال له عليّ: قالون، وهو بلغة أهل الروم أصبت وإذا ثبت الإجماع بطل القياس، على أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف، فكان معنى اليمين فيها غير مقصود، ولا يجوز أن يكون النكول لاشتباه الحال لأن ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي لينكشف الحال لا ردّ اليمين، فإن رد اليمين لا وجه له لما قدمناه في قوله ولا ترد اليمين على المدعي **(قال: وينبغي للقاضي أن يقول له الخ)** وينبغي للقاضي أن يقول للمدعى عليه إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادّعاه، لأن الإنذار لإعلامه بالحكم، إذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول، وهذا أولى من قولهم لكونه مجتهداً فيه، فإن للشافعي خلافاً فيه لما مرّ غير مرة. ثم العرض ثلاث مرات أولى ليس بشرط لجواز القضاء

قوله: **(إلا في الحدود الخ)** أقول: استثناء من قوله وقالا: يستحلف.

نكاحاً لم يستحلف المنكر) عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحد ودو اللعان. وقالا: يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان. وصورة

أنه لا آفة به) أي بالمدعى عليه **(من طرش)** الطرش بفتحتين أهون الصمم يقال هو مولد **(أو خرس)** بفتحتين أيضاً: آفة باللسان تمنع الكلام أصلاً **(هو الصحيح)** اختلفت الروايات فيما إذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا أحلف، فقال بعض أصحابنا: إذا سكت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش، فإن قالوا لا جعله ناكلاً وقضى عليه، ومنهم من قال يجلس حتى يجيب، والأول صحيح كذا في غاية البيان نقلاً عن شرح الأقطع **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة ولا يستحلف عنده)** يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر **(في النكاح)** أي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها أو بالعكس **(والرجعة)** أي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة أيضاً بأن ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس **(والفيء في الإيلاء)** أي في دعوى الفيء بالإيلاء أيضاً بأن ادعى بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء إليها في المدة وأنكرت أو بالعكس **(والرقّ)** أي وفي دعوى الرق أيضاً بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده وأنكر المجهول أو بالعكس **(والاستيلاد)** أي وفي دعوى الاستيلاد أيضاً بأن ادعت أمة على مولاها أنها ولدت منه ولداً وأنكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المصنف **(والنسب)** أي وفي دعوى النسب أيضاً بأن ادعى على مجهول أنه ولده أو والده وأنكر المجهول أو بالعكس **(والولاء)** أي وفي دعوى الولاء أيضاً بأن ادعى على مجهول النسب أنه معتقه ومولاه وأنكر المجهول أو بالعكس أو كان ذلك في ولاء الموالاة، إذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة **(والحدود)** أي وفي دعوى الحدود أيضاً بأن ادعى على آخر ما يوجب حداً من الحدود وأنكره الآخر **(واللعان)** أي وفي دعوى اللعان أيضاً بأن ادعت على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج. واعلم أن هذه الأشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري هاهنا، إلا اللعان فإنه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء وقال أبو يوسف ومحمد: **(يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان)** فتقرّر أنه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعاً، وإنما اختلافهم في الأشياء السبعة الباقية. وفي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير: والفتوى على قولهما، وقيل ينبغي للقاضي أن ينظر

بالنكول، بل المذهب فيه أنه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا أن النكول بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما. والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء الأعذار فصار كإمهال المرتد ثلاثة أيام فإنه أولى، وإن قتل بغير إمهال جاز لأن الكفر مبيح **(وقوله هو الصحيح)** احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لأنه أضعف من البذل والإقرار فيشترط فيه التكرار، وصورة ذلك أن يقول القاضي أحلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه، فإن نكل يقول له ذلك ثانياً، فإن نكل يقول له بقيت الثالثة ثم أقضي عليك إن لم تحلف، ثم يقول له ثالثاً فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعي **(قال: وإذا كان الدعوى نكاحاً الخ)** ادعى رجل على امرأة أنه تزوّجها وأنكرت أو بالعكس، أو ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس، أو ادعى مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك أو اختصما على

قال المصنف: **(ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان الخ)** أقول: قال الزيلعي: قال القاضي الإمام فخر الدين: الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الأشياء الستة: يعني في هذا التي عدها سوى الحدود واللعان انتهى. إنما قال في الأشياء الستة نظراً إلى اتحاد النسب والاستيلاد قال المصنف: **(يستحلف في ذلك كله الخ)** أقول: قال في النهاية: لا يستحلف في الحدود بالإجماع إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بالزنا فقال: إن زنيت فأنت حر فادعى العبد أنه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق لا الزنا انتهى. ينبغي أن يقول العبد في دعواه إنه قد أتى بما علق عليه عتقي ولا يقول إنه قد زنى كي لا يصير قاذفاً مولاه قال المصنف: **(وصورة الاستيلاد أن يقول الخ)** أقول: يفهم من تصوير الاستيلاد فيما ذكره أن لا يصح عكسه فلذلك قال لأنه لو ادعى المولى الخ قوله: **(واللعان في معنى الحد)** أقول: قوله واللعان مبتدأ، وقوله في معنى الحد خبره قوله: **(وعليه نقوض إجمالية)** أقول: بل الظاهر أن تلك الأمور الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودربة.

الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى، لأنه لو ادّعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها. لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب فكان إقراراً أو بدلاً عنه، والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة، والحدود تندرىء بالشبهات واللعان في معنى الحد. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه بذل لأنه معه لا تبقى

في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتاً يحلفه ويأخذه بقولهما، وإن كان مظلوماً لا يحلفه أخذاً بقوله انتهى. وفي النهاية: هذا كله إذا لم يكن المقصود مالاً، وإن كان المقصود دعوى مال بأن ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وأنكر يستحلف في قولهم، فإن نكل يقضي عليه ببينة بنصف المهر على ما يجيء بعد هذا في الكتاب. وسئل الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني عن المرأة إذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لإثبات النكاح والزوج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة أبد الدهر؟ قال يستحلفه القاضي إن كانت هذه امرأة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق إن كانت امرأته فتتخلص منه وتحلّ للأزواج. وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي في باب اليمين أن الفقيه أبا الليث أخذ بقوله في هذه المسألة، وهكذا في الواقعات أيضاً. وكيفية الاستحلاف عندهما أن يحلف على الحاصل إن كانت المرأة هي المدّعية بالله ما هذه امرأتك بهذا النكاح الذي ادّعته، وإن كان الزوج هو المدعي تحلف بالله ما هذا زوجك على ما ادعى. والمتأخرون من مشايخنا على أنه ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتاً يحلفه ويأخذ بقولهما، وإن رآه مظلوماً لا يحلفه أخذاً بقول أبي حنيفة وهو كما اختاره شمس الأئمة في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه أن القاضي إن علم بالمدعي التعنت في إباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم، وإن علم بالموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك إلا برضا الخصم حتى يكون دافعاً للضرر من الجانبين، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبي. وفي الحدود: لا يستحلف بالإجماع إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بالزنا وقال إن زنيت فأنت حرّ فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى، حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا، كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي، إلى هنا لفظ النهاية **(وصورة الاستيلاد أن تول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى، لأنه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها)** وإنما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين أخواته تنبيهاً على أنه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة إلا من جانب واحد، بخلاف أخواته الخلافية فإن للدعوى فيها مساغاً من الجانبين كما صورناه فيما مر **(لهما)** أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار)** أي في إنكاره السابق **(على ما قدمناه)** يعني قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه، وفيها تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه تعظيماً له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وإبقاء ماله على ملكه، فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث كذا في العناية وغيرها **(فكان)** أي النكول **(إقراراً أو بدلاً عنه)** بفتح الدال: أي خلفاً عن الإقرار: يعني أنه قائم مقام الإقرار. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة تحرير المصنف هاهنا، عين أولاً كون النكول إقراراً، ثم فرع على دليله كونه إقراراً أو بدلاً عنه بالترديد، ولا يدفعها ما ذكر في النهاية والكفاية من أنه جاز أن يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالإقرار انتهى. إذ كان يمكن دفع

هذا الوجه في ولاء العتاقة أو الموالاة، أو ادعى على رجل أنه ولده أو والده، أو ادّعت على مولاها أنها ولدت منه وهذا لا يتحقق إلا من جانب الأمة، لأن المولى إذا ادّعى ذلك ثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها، أو ادّعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج، أو ادعى على رجل ما يوجب الحدّ وأنكره فإنه لا يستحلف في هذه كلها عند أبي حنيفة. وقالا: يستحلف في ذلك كله، وإذا نكل يقضى بالنكول إلا في الحدود واللعان. لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار السابق لما قدمناه: يعني قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن

اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذباً في الإنكار، والبذل لا يجري

ذلك بذكر الترديد أوّلاً أيضاً أو بالاكتفاء بذكر كونه بدلاً عنه في الموضعين معاً، بل كان هذا: أي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه **(والإقرار يجري في هذه الأشياء)** هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف في الأشياء المذكورة. تقريره أن النكول إقرار والإقرار يجري في هذه الأشياء ينتج أن النكول يجري في هذه الأشياء، فإذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها أيضاً لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف **(لكنه)** أي لكن النكول **(إقرار فيه شبهة)** لأنه في نفسه سكوت **(والحدود تندرىء بالشبهات)** فلا يجري النكول فيها **(واللعان في معنى الحدّ)** لأنه قائم مقام حد القذف في حق الزوج، حتى أن كل قذف يوجب حدّ القذف على الأجنبي إذا قذف الأجنبيات فكذلك يوجب اللعان على الزوج، وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه أيضاً. قال صاحب العناية: وعليه نقوض إجمالية: الأول: ما ذكره في الجامع: رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيباً فخاصمه في النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فردّ عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فأنكر لم يلزمه ويستحلف، ولو كان النكول إقراراً لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الأولى كما لو أقرّ في تلك المرة. الثاني: الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل، ولو كان الإقرار لزم الوكيل. الثالث: ما ذكره في المبسوط أن الرجل إذا قال تكفلت لك بما يقرّ لك به فلان فادّعى المكفول له على فلان مالاً فأنكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضي به على الكفيل، ولو كان النكول إقراراً لقضى به. والجواب أن النكول إما إقراراً أو بدل منه. فوجه الإقرار ما تقدم، ووجه كونه بدلاً أن المدعي يستحق بدعواه جواباً يفصل الخصومة وذلك بالإقرار والإنكار، فإن أقرّ فقد انقطعت، وإن أنكر لم تنقطع إلا بيمين، فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار بقطع الخصومة. فالنقوض المذكورة إن وردت على اعتبار كونه إقراراً لا ترد على تقدير كونه بدلاً منه، ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي، إلى هاهنا كلامه. أقول: ما ذكره في الجواب منظور فيه من وجوه: الأول: أن الظاهر من قوله فوجه الإقرار ما تقدم، ووجه كونه بدلاً كيت وكيت أن ما تقدم إنما يصلح لأن يكون وجه الإقرار لا لأن يكون وجه كونه بدلاً منه مع أنه صالح لهما، ولهذا فرّعهما المصنف عليه حيث قال: فكان إقراراً أو بدلاً عنه. الثاني: أن الوجه الذي ذكره لكونه بدلاً منه غير تام، إذ يرد عليه منع قوله فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار بقطع الخصومة لجواز أن يكون بذلاً كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله لا بدلاً عن الإقرار، وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلاً عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بذلاً أيضاً، ولجواز أن يكون نفس الإقرار بدلاً عنه، فحينئذ أيضاً لا يتم التقريب. الثالث: أن الإقرار إذا كان مخالفاً في الأحكام لما هو بدل عنه كما هو في صورة النقوض المذكورة فمن أين يعرف جريان بدل الإقرار أيضاً في الأشياء المذكورة حتى يتم دليلهما

نفسه، فإن فيه تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله على لسانه معظماً له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وإبقاء ماله على ملكه، فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث، والإقرار يجري في هذه الأشياء فيعمل بالنكول فيها إلا أنه إقرار فيه شبهة لأنه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجري فيه أيضاً، وعليه نقوض إجمالية: الأول ما ذكره في الجامع: رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيباً فخاصمه في النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فأنكر لم يلزمه ويستحلف،

قوله: **(ولو كان النكول إقراراً لقضي به)** أقول: قال الزيلعي: لو كان إقراراً لجاز مطلقاً بدون القضاء انتهى والحال أنه ليس كذلك، فإنه لا يجوز إلا في مجلس القاضي وقضائه فافهم، ولعل الجواب هو الجواب، وأيضاً الذي جعلاه إقراراً هو النكول عن اليمين الواجبة ووجوبها إنما هو في مجلس القضاء فليتأمل قوله: **(فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار)** أقول: أي خلفاً عنه فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة: يعني أنه خلف ضروري لا مطلق قوله: **(بقطع الخصومة)** أقول: الظاهر أن يقول بقطع الخصومة قوله: **(ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي)** أقول: بل هو تغيير الدليل والمدعي جواز الاستحلاف قوله: **(وما كان كذلك فهو إما بذل أو إقرار الخ)**.

في هذه الأشياء. وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف، إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه

المذكور في الكتاب. الرابع: أن قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي إنما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول إقراراً فقط. ولما كان المذكور فيه كونه إقراراً أو بدلاً عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر إلى تغيير شيء أصلاً فلم يتم قوله المذكور. ثم إن لبعض الفضلاء كلامين في تحرير صاحب العناية هاهنا: أحدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب. أما الأول: ففي قوله وعليه نقوض إجمالية حيث قال: بل الظاهر أن تلك الأسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودراية انتهى. وأما الثاني: ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي حيث قال: بل هو تغيير الدليل والمدعي جواز الاستحلاف انتهى. أقول: كل واحد منهما ساقط. أما الأول فلأن كون تلك الأسئلة معارضات مما لا يكاد يحسن لأن حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول إقراراً في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الإمامين، وهو صريح نقض إجمالي، ولا لطف للحمل على المعارضة في شيء منها لأن المدعي هاهنا وهو كون النكول إقراراً كلي، وما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعي بالكلية، وإنما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الأسئلة، ولو كان النكول إقراراً لكان جواب المسألة خلاف ما ذكر، والحال أن المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا إقامة الدليل على خلاف المدعي كما لا يخفى. وأما الثاني: فلأن مراد صاحب العناية بالمدعي هاهنا قولهما إن النكول إقرار المستدل عليه في كلام المصنف بقوله لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه، فإذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة إلى كون النكول بدلاً عن الإقرار لا نفس الإقرار فقد غيّر ذلك المدعي قطعاً، وكون قولهما إن النكول إقرار مقدمة الدليل بالنظر إلى أصل المسألة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعي بالنظر إلى كونه مستدلاً عليه بالدليل المستقل. والعجب من ذلك القائل أنه جعل الأسئلة المذكورة معارضات والمعارضة إقامة الدليل على خلاف مدعي الخصم، وهذا لا يتصور إلا بأن يكون المدعي هاهنا قولهما إن النكول إقرار، إذ لا مساس لتلك الأسئلة بأصل المسألة كما لا يخفى **(ولأبي حنيفة أنه)** أي النكول **(بذل)** وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها لا الهبة والتمليك، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا ادعى نصف الدار شائعاً فأنكر المدعى عليه يقضي فيه بالنكول، وهبة نصف الدار شائعاً لا تصح، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفوائد الظهيرية **(لأن معه)** أي مع البذل **(لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به)** أي لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثاً على ترك الإقدام على اليمين، هذا هو العلة المجوّزة لكون النكول بذلاً، وأما العلة المرجحة لكونه بذلاً على كونه إقراراً فهي ما

ولو كان النكول إقراراً لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الأولى كما لو أقرّ في تلك المرة. الثاني الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل، ولو كان إقراراً لزم الوكيل. الثالث ما ذكره في المبسوط أن الرجل إذا قال تكفلت لك بما يقرّ لك به فلان فادّعى المكفول له على فلان مالاً فأنكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل، ولو كان النقول إقراراً لقضى به. والجواب أن النكول إما إقرار أو بدل منه فوجه الإقرار ما تقدم. ووجه كونه بدلاً أن المدعي يستحق بدعواه جواباً يفصل الخصومة، وذلك بالإقرار أو الإنكار فإن أقرّ فقد انقطعت، وإن أنكر لم تنقطع إلا بيمين، فإذا نكل كان بدلاً عن الإقرار بقطع الخصومة، فالنقوض المذكورة إن وردت على اعتبار كونه إقراراً لا ترد على تقدير كونه بدلاً منه، ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي. ولأبي حنيفة أن النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما

أقول: تقريره لا يطابق المشروح قوله: **(إذا استحق ما أدى بقضاء الخ)** أقول: كما إذا أدى من الدراهم المودعة قوله: **(الثاني لو كان بدلاً لكان إيجاباً الخ)** أقول: الملازمة ممنوعة إن أريد كان إيجاباً من الناكل، وإن أريد في زعم المدعي فليس بزعمه ابتداء. والجواب أن المراد هو الأول، ولو لم يوجب لم يحكم القاضي به فتأمل، فلا ينتقض بالنذر إذ لا يحكم فيه القاضي قوله: **(بل هو

المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة، وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو ما يقبضه حقاً

أشار إليه بقوله (وإنزاله باذلاً أولى) أي من إنزاله مقراً (كي لا يصير كاذباً في الإنكار) أي في إنكاره السابق: يعني لو حملناه على الإقرار لكذبناه في إنكاره السابق، ولو جعلناه باذلاً لقطعنا الخصومة بلا تكذيب، فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب. قيل عليه لو كان النكول بذلاً لما ضمن شيئاً آخر إذا استحق ما أدى بقضاء، كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لا يضمن شيئاً ولكن المدعي يرجع إلى الدعوى. وأجيب عنه بأن بدل الصلح وجب بالعقد، فإن استحق بطل العقد فعاد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى، وأما هاهنا فالمدعي يقول أنا آخذ هذا بإزاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء، فإذا استحق رجعت بما في الذمة. وقيل عليه إن الحكم واجب على الحاكم بالنكول، والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلاً. وأجيب عنه بأن الحكم لا يجب بالبذل الصريح. وأما ما كان بذلاً بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لا يجب به بل هو موجب له قطعاً للمنازعة. وقيل عليه يقضي بالقصاص في الأطراف بالنكول، ولو كان باذلاً لما قضى به لأن البذل لا يعمل فيها، وأجيب عنه بأنا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل إذا كان مفيداً نحو أن يقول اقطع يدي وبها آكلة حيث لم يأثم بقطعها، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين. هذه خلاصة ما في الشروح هاهنا من الأسئلة والأجوبة (والبذل لا يجري في هذه الأشياء) فإنه لو قالت مثلاً لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لم يصح بذلها؛ وكذا لو قال أنا حرّ الأصل ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فبذلت له نفسي ليسترقني، أو قال أنا ابن فلان ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فأبحت له أن يدعي نسبي لم يصح بذله، بخلاف الأموال فإنه لو قال هذا المال ليس له ولكني أبحته وبذلته له لأتخلص من خصومته صح بذله (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) ولما لم يجز البذل في هذه الأشياء لم يتصوّر فيها القضاء بالنكول الذي هو البذل (فلا يستحلف) فيها لعدم الفائدة. قال صاحب الكافي: فإن قيل: هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»[1] قلنا: خص منه الحدود واللعان، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى. وقال صاحب العناية: لا يقال أبو حنيفة رحمه الله ترك الحديث المشهور وهو قوله ﷺ «اليمين على من أنكر»[2] بالرأي، وهو لا يجوز لأن أبا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها، لكنه يقول: لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلاً

يدعيه الخصم، لأن اليمين لا تبقى واجبة مع النكول، وما كان كذلك فهو إما بذل أو إقرار لحصول المقصود به، لكن إنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذباً في الإنكار السابق، والبذل لا يجري في هذه الأشياء، فإنه إذا قال مثلاً أنا حرّ وهذا الرجل يؤذيني فدفعت إليه نفسي أن يسترقني، أو قال أنا ابن فلان ولكن أبحت لهذا أن يدعي نسبي، أو قالت أنا لست بامرأته لكن دفعت إليه نفسي وأبحت له الإمساك لا يصح. وعليه نقوض: الأول أنه لو كان بذلاً لما ضمن شيئاً آخر إذا استحق ما أدى بقضاء كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لا يضمن شيئاً، ولكن المدعي يرجع إلى الدعوى. الثاني لو كان بذلاً كان إيجاباً في الذمة ابتداء وهو لا يصح. الثالث أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم فلم يكن

صحيح كما في الحوالة) أقول: لم يذكر الكفالة لأن الأصح أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا الدين فتأمل قوله: **(وسائر المداينات)** أقول: وفيه تأمل، فإن قيد ابتداء يدفعه نعم في الصلح عن إنكار ذلك قوله: **(لأن أبا حنيفة الخ)** أقول: هذا جواب لقوله لا يقال أبو حنيفة ترك الحديث المشهور الخ. وأجاب العلامة الكاكي بأنه خص من الحديث الحدود بالإجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس، ولم يذكر الشارح لأن المخصص يجب أن يكون مقارناً والإجماع ليس كذلك وفيه تأمل قوله: **(والبذل لا يجري فيها)** أقول: أي في الأوصاف قوله: **(ووجه ذلك أن البذل في الدين الخ)**.

---

(١) تقدم مراراً، وقد رواه أبو داود من حديث أبي هريرة.

(٢) تقدم مراراً.

لنفسه، والبذل معناه ها هنا ترك المنع وأمر المال هين. قال: **(ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع)** لأن

لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود انتهى. وقال بعض الفضلاء: وأجاب العلامة الكاكي بأنه خص من الحديث الحدود بالإجماع، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس، ولم يذكره الشارح: يعني العناية لأن المخصص يجب أن يكون مقارناً والإجماع ليس كذلك انتهى. أقول: مدار كلامه على ما فهمه من أن يكون مراد العلاّمة الكاكي أن تخصيص الحدود من الحديث هو إجماع الأمة، والظاهر أن مراده بالإجماع اتفاق الأئمة، فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه، ولا ينافي هذا كون المخصص نصاً ومقارناً، على أن قاعدة الأصول هي أنه إذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب، ويؤيد كون مراده بالإجماع اتفاق الأئمة في كون الحديث مخصوصاً أن الجواب الذي ذكره وقع في الكافي والكفاية من غير ذكر قيد الإجماع فتأمل **(إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة)** هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن النكول لو كان بذلاً لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لما أن في البذل معنى التبرّع وهما لا يملكانه. فأجاب بأنهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما في الضيافة اليسيرة، وبذلهما بالنكول من جملة ذلك، كذا في عامة الشروح. أقول: لمانع أن يمنع كون بذلهما من جملة ذلك إذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بأن أقدما على اليمين إن كانا صادقين في إنكارهما، وبأن أقرا إن كان المدعي هو الصادق فليتأمل **(وصحته)** أي صحة البذل **(في الدين بناء على زعم المدعي وهو ما يقبضه حقاً لنفسه، والبذل معناه هاهنا ترك المنع وأمر المال هيّن)** هذا أيضاً جواب سؤال مقدر وهو أن النكول لو كان بذلاً لما جرى في الدين لأن محله الأعيان لا الديون، إذ الدين وصف في الذمة والبذل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف. فأجاب بأن معنى البذل هاهنا ترك المنع، فكان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له، وترك المنع جائز في الأموال لأن أمر المال هيّن حيث تجري فيه الإباحة، بخلاف تلك الأشياء فإنه لا تجري فيها الإباحة، كذا في الشروح وسائر المعتبرات، حتى أن صاحب الكافي أتى بصريح السؤال والجواب حيث قال: فإن قيل: لو كان بذلاً لما جرى في الدين، لأن محله الأعيان لا الديون، إذ البذل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف والدين وصف في الذمة. قلنا: البذل هاهنا ترك المنع كأنّ المدعي يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له، وأمر المال هيّن، بخلاف النكاح ونحوه انتهى. وأقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة بعد التأمل الصادق أن الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وإن تلقته الثقات بالقبول، لأن الدين لما كان وصفاً ثابتاً في الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلاً للأخذ والإعطاء، وأن ترك المنع إنما يتصوّر في الأموال المتحققة في الأعيان لا في الأوصاف الثابتة في الذمم، لأن ترك المنع فرع جواز الأخذ، فما لم يكن قابلاً للأخذ لم يتصوّر فيه ترك المنع، فلم يكن الذي يأخذه المدعي من المدعى عليه بناء على زعمه أنه حق نفسه الدين بل كان العين، وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منعه أخذ الدين بل كان أخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين، فالجواب المذكور لا يدفعه. والحق

النكول بذلاً. الرابع أن العبد المأذون يقضي عليه بالنكول، ولو كان بذلاً لما قضى لأن بذله باطل. الخامس يقضي بالقصاص في الأطراف بالنكول، ولو كان بذلاً لما قضى لأن البذل لا يتحمل فيها. والجواب عن الأول أن بدل الصلح وجب بالعقد، فإذا استحق بطل العقد فعاد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى، فأما هاهنا فالمدعي يقول أنا آخذ هذا بإزاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فإذا استحق رجعت بما في الذمة، وعن الثاني بأن عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالات وسائر المداينات. وعن الثالث بأن الحكم لا يجب بالبذل الصريح، وأما ما كان بذلاً بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لا يوجبه بل هو موجب قطعاً للمنازعة. وعن الرابع أنا لا نسلم عدم صحة البذل من المأذون بما دخل تحت الإذن كإهداء المأكول والإعارة والضيافة اليسيرة ونحوها. وعن الخامس أنا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل، بل هو عامل إذا كان مفيداً، نحو أن

المنوط بفعله شيئان: الضمان ويعمل فيه النكول. والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان.
قال: **(وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً)** لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال، وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق

عندي في الجواب أن يقال: معنى البذل في الدين إحداث مثله في ذمة المدعي بإعطاء عين يماثل معياره معيار الدين المدعي وحصول المقاصة به من الطرفين، كما أن معنى قضاء الدين هذا ولهذا قالوا: الديون تقضى بأمثالها على ما حقق في موضعه، فإذا قال المدعي مثلاً لي عليه عشرة دراهم كان معناه حصل لي في ذمته وصف معياره عشرة دراهم، فالذي يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين إعطاء عين يماثل معياره معيار ما ادعاه المدعي من الدين وهو عشرة دراهم، فالمبذول حقيقة هو العين الذي يعطي لا الدين نفسه وإن كان المدعي ديناً **(قال)** أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير **(ويستحلف السارق)** يريد به أنه إذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات؛ ألا يرى أنه يثبت بكتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة، فجاز أن يثبت بالنكول الذي هو بذل أو إقرار فيه شبهة، والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول، فلهذا لا يجري اليمين في الحدود. وعن محمد أنه قال: القاضي يقول للمدعي ماذا تريد؟ فإن قال أريد القطع، فالقاضي يقول له: إن الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين، وإن قال أريد المال، فالقاضي يقول له: دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال، كذا في النهاية نقلاً عن الإمام المرغيناني والمحبوبي. قال المصنف:
(فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله) أي بفعل السارق وهو السرقة **(شيئان: الضمان)** أي أحدهما ضمان المال **(ويعمل فيه النكول. والقطع)** أي وثانيهما قطع اليد **(ولا يثبت به)** أي لا يثبت القطع بالنكول. وقال صاحب العناية: يريد المصنف بفعله في قوله لأن المنوط بفعله شيئان: النكول، ثم قال: ويجوز أن يراد به فعل السرقة.
أقول: الثاني هو الصحيح، والأول فاسد لأن المصنف صرح بأن القطع لا يثبت بالنكول فحينئذ لا يناط القطع بالنكول قطعاً فكيف يصح أن يحمل الفعل في قوله لأن المنوط بفعله شيئان على النكول وأحد الشيئين هو القطع.
ثم أقول: بقي في كلام المصنف شيء، وهو أن التعليل الذي ذكره بقوله لأن المنوط بفعله شيئان إلى آخره لا يفيد شيئاً يعتدّ به، إذ ليس فيه بيان لمية المدعي هاهنا، بل هو مجرد تفصيل لما قبله، فإن قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله فإن نكل ضمن من غير إشارة إلى علة كون النكول عاملاً فيه، وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير إشارة إلى علة ثبوت القطع به فبقي المدعي غير معلوم اللمية. والأوجه في التعليل ما ذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال: لأن موجب فعله شيئان الضمان، وهو يجب مع الشبهة فيجب

يقول اقطع يدي وبها آكلة لم يأثم بقطعها، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يحترز به عن اليمين، وله ولاية الاحتراز عن اليمين. لا يقال: أبو حنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر» والرأي، وهو لا يجوز لأن أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها، لكنه يقول: لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلاً لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود قوله: **(وفائدة الاستحلاف)** يعني أن البذل في هذه الأشياء لا يجري ففات فائدة الاستحلاف، لأن فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة. وقوله: **(إلا أن هذا بذل)** جواب سؤال تقريره لو كان بذلاً لما ملكه المكاتب، والعبد المأذون لأن فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفاً أنهما يملكان ما لا بد له من التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك.

أقول: لم يخرج الجواب الصريح عن السؤال على ما قرره قوله: **(يريد به النكول فيه)** أقول: فيه بحث قوله: **(والقطع ولا يثبت به)** أقول: فيه شبهة التناقض، والأصوب تفسير فعله بفعل السرقة قوله: **(وفيه نظر لأن الإطلاق يغني عن ذلك الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه لو أطلق ربما ذهب الوهم إلى الطلاق بعد الدخول لغلبته بل ولكماله أيضاً فقيد به ليعلم حكمه بطريق الأولى، فإنه إذا استحلف قبل تأكد

لأن ذلك دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح، وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث، والحجر

بالنكول، والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى. وكذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: لأنه في السرقة يدعي المال والحدّ وإيجاب الحدّ لا تجامعه الشبهة، وإيجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى، تبصر تقف (فصار) أي صار حكم هذه المسألة (كما إذا شهد عليها) أي على السرقة (رجل وامرأتان) فإنه يثبت هناك المال دون القطع، فكذا هاهنا وصار كما إذا أقرّ بالسرقة ثم رجع فإنه يسقط بالرجوع الحدّ وهو القطع، ويثبت المال بالإقرار ولا يسقط بالرجوع (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (**وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً لأن الاستحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال**) وفائدة تعيين صورة المسألة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون الدعوى في كل المهر أو نصفه، كذا في النهاية ومعراج الدراية. قال صاحب العناية: وفيه نظر لأن الإطلاق يغني عن ذلك، وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى. وأجاب عنه بعضهم بأنه لو أطلق لربما ذهب الوهم إلى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الأولوية، فإنه إذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى. قال المصنف (**وكذا في النكاح إذا ادّعت هي الصداق**) أي وكذا يستحلف الزوج بالإجماع فيما إذا ادّعت المرأة مع النكاح الصداق (**لأن ذلك دعوى المال**) أي المقصود من ذلك دعوى المال (**ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح**) يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعاً لأن المال يجري فيه الإقرار والبذل، ولا يثبت النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن النكاح لا يجري فيه البذل. قال بعض الفضلاء: فإن قيل: يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم بدون اللازم. قلنا: يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لا مطلقاً، على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى. أقول: كل واحد من أصل جوابه وعلاوته مختلّ. أما الأول: فلأنه لو جاز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لجاز البذل في النكاح في الجملة: أي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط. وأما الثاني: فلأن المهر وإن لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى. ومعنى المسألة التي نحن فيها أن النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال. ثم أقول في الجواب عن سؤاله: إن ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه، وأما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لأن معنى ثبوته عنده

وقوله (**وصحته في الدين**) جواب عما يقال إنه لو كان بذلاً لما جرى في الدين لأنه وصف الذمة والبذل لا يجري فيها. ووجه ذلك أن البذل في الدين إن لم يصح، فإما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع، فإن كان الأول فلا مانع ثمة لأنه يقبضه حقاً لنفسه بناء على زعمه، وإن كان الثاني فالمراد به هاهنا أي في الدين ترك المنع وجاز له أن يترك المنع. فإن قيل: فهلا جعل في الأشياء السبعة أيضاً تركاً للمنع حتى يجري فيها. أجيب بأن أمر المال هيّن تجري فيه الإباحة، بخلاف تلك الأشياء فإن أمرها ليس بهيّن حيث لا تجري فيها الإباحة، وجعله هاهنا ترك المنع، وفي قوله إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة غير الترك وفي ذلك تسامح في العبارة. والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهوقولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لمله أولى. قال (**ويستحلف السارق الخ**) إذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات فجاز أن يثبت بالنكول. وعن محمد أنه قال: القاضي يقول للمدعي ماذا تريد؟ فإن قال أريد القطع

المهر فبعده أولى كما لا يخفى، لكن بقي في قولنا بل ولكماله بحث فتأمل قوله: (**وكذا في النكاح إلى قوله ولا يثبت النكاح**) أقول: فإن قيل: يلزم على هذا أن يتحقق اللازم بدون الملزوم. قلنا: يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقاً على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق قوله: (**قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم**) أقول: فينبغي أن يثبت النكاح عندهما قوله: (**فإن يستحلفه على النسب**) أقول: فيه بحث بل يستحلف على الحاصل عند أبي حنيفة فيستحلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعيه حق، نص عليه الإتقاني نقلاً عن خواهر زاده. جوابه أن كلام الشارح مبني على ما يجيء من أن السبب إذا كان لا يرتفع برافع يحلف

في اللقيط، والنفقة، وامتناع الروع في الهبة، لأن المقصود هذه الحقوق، وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما

ظهوره له، إذ قد مرّ أن الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع، ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز أن تقوم الحجة على الأول دون الثاني كما فيما نحن فيه. فالذي يلزم من المسألة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده، ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت، وقس على هذا أحوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب، فإن ما ذكرناه مخلص في الجميع. قال المصنف **(وكذا في النسب)** أي وكذا يستحلف في النسب بالإجماع **(إذا ادّعى حقاً)** أي إذا ادعى مع النسب حقاً آخر **(كالإرث)** بأن ادعى رجل على رجل أنه أخ المدعى عليه مات أبوهما وترك مالاً في يد المدعى عليه فإنه يستحلف بالإجماع، فإن حلف برىء، وإن نكل يقضي بالمال دون النسب **(والحجر في اللقيط)** بأن ادعت امرأة حرّة الأصل صبياً لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه أنه أخوها وأنها أولى بحضانته فإنه يستحلف بالإجماع، فإن نكل ثبت لها حق نقل الصبيّ إلى حجرها دون النسب **(والنفقة)** بأن ادعى زمن على موسر أنه أخوه وأن نفقته عليه فأنكر المدعى عليه الأخوّة يستحلف بالإجماع، فإن نكل يقضي بالنفقة دون النسب **(وامتناع الرجوع في الهبة)** بأن أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك إبطال حق الرجوع فإنه يستحلف بالإجماع، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب **(لأن المقصود هذه الحقوق)** دليل للمجموع: يعني أن المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق: أي دون النسب المجرد، ثم إن صاحب العناية بعد ما فسر قول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق بقوله: أي دون النسب المجرد قال في تعليله فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى. أقول: فيه نظر، لأن تحميل النسب على الغير لا يلزم في المسائل المذكورة مطلقاً بل إنما يلزم فيما إذا كان النسب مما لا يثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها، وأما فيما إذا كان مما يثبت بالإقرار كالأبوّة والبنوّة فلا، والمسائل المذكورة تعم الصورتين معاً، ألا يرى أن المدعي في صورة النفقة إذا قال للمدعى عليه أنت أبي فإن المسألة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة، وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط إذا قالت إن الصبي ابنها فإن المسألة بحالها أيضاً وكان التعليل المذكور قاصراً عن إفادة كلية المدعي. وقال بعض الفضلاء: الأظهر أن يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره: فإن البذل لا يجري فيه كما قال آنفاً في صورة دعوى النكاح انتهى. أقول: وفيه أيضاً نظر، فإن المعلل هاهنا أن لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد، وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لأن الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول، بل منها أيضاً إقامة البينة وإقرار الخصم، والبذل إنما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح أن يكون مقصوداً بالدعوى في المسائل

يقول القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين، وإن قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال. قال المصنف **(فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله)** يريد به النكول **(شيئان: الضمان ويعمل النكول فيه، والقطع فلا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان)**، يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة، ويجوز أن يراد بقوله بفعله فعل الشرقة **(وإذا ادّعت المرأة طلاقاً قبل الدخول بها استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم، لا سيما إذا كان المقصود هو المال)** فإن قلت: هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل

على السبب بالإجماع قوله: **(فادعت أخوته حرة)** أقول: أو ادعى ذلك حر قوله: **(فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز)** أقول: الأظهر أن يقول بدله، فإن البذل لا يجري فيه كما قاله آنفاً في صورة دعوى النكاح، فإن ما ذكره من التعليل فيه قصور لأن المدعي في صورة دعوى النفقة وامتناع الرجوع في الهبة إذا قال للمدعى عليه أنت أبي مثلاً فإن المسألة بحالها وليس فيه تحميل النسب، وأما مذهب الإمامين في نفي الاستحلاف إذا ادعى المدعي الأخوة فيفهم بتعليله من قوله وإنما يستحلف الخ فافهم قوله: **(ولهذا)** أقول: أي لعدم الجواز قال المصنف: **(لأن في دعواها)** أقول: في النهاية: أي في إقرارها انتهى، وفيه كلام قوله: **(فإن دعواهما الخ)** أقول: فيه ركاكة ظاهرة وتندفع بإعادة الضمير إلى الولاية والزوجية في ضمن المولى والزوج كما في قوله تعالى: ﴿اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾.

إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة، لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما. قال: **(ومن ادّعى قصاصاً على غيره فجحده استحلف)** بالإجماع **(ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقرّ)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال، خصوصاً

المذكورة، بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فإن المعلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول، وعدم جريان البذل في النكاح يفيده قطعاً. لا يقال: التعليل الصحيح هنا أن يقال فإنه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقاً آخر والمفروض في كل واحدة من تلك المسائل ادعاء المدعي معه حقاً آخر كما ينادي عليه قول المصنف وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث الخ. لأنا نقول: هذا إنما يتم فيما إذا كان النسب مما يثبت بالإقرار كالبنوّة ونحوها، فإن دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة، فلو كان مقصود المدعي فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقاً آخر، وأما إذا كان النسب مما لا يثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها فلا، لأن دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة، بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على أن يدعي المدعي مع النسب حقاً آخر لنفسه كما صرّح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز أن يكون مقصود المدعي في هذه الصورة النسب المجرد ويدعي مع النسب حقاً آخر لمجرد التوسل به إلى مقصوده وهو النسب المجرد، والمسائل المذكورة تعم الصورتين معاً كما بيناه من قبل، فكان هذا التعليل أيضاً قاصراً على إفادة كلية المدعي. وبالجملة لم يظهر لقول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السرّ في أن صاحب الكافي لم يذكر قول المصنف هذا أصلاً مع أن عادته اقتفاء أثر المصنف في أمثاله، وأن أكثر الشراح لم يتعرّضوا لشرحه وبيانه بالكلية **(وإنما يستحلف في المجرد)** قيد به احترازاً عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفاً **(عندهما)** أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(إذا كان يثبت بإقراره)** أي إذا كان يثبت النسب بمجرد إقرار المدعى عليه فإن النكول عندهما إقرار فكل نسب له أقرّ به المدعى عليه ثبت يثبت بالنكول أيضاً **(كالأب والابن في حق الرجل)** فإنه إذا أقرّ بالأب والابن يصح إقراره ويثبت نسب

الدخول فائدة؟ قلت: هي تعليم أن دعى المهر لا تفاوت بين أن تكون في كل المهر أو نصفه، وفيه نظر لأن الإطلاق يغني عن ذلك، وليس فيه توهم التقييد بذلك **(وكذا في النكاح إذا ادعت الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح)** فإن قلت: وجب أن يثبت النكاح أيضاً لأنه يثبت بالشبهات. قلت: البذل لا يجري فيه كما تقدم **(وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث)** بأن ادعى رجل على رجل أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالاً في يد المدعى عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوّة فإنه يستحلف على النسب، فإن حلف بريء، وإن نكل بالمال والنفقة دون النسب (و) كذا إذا ادعى **(الحجر في اللقيط)** بأن كان صبياً لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت أخوّته حرّة تريد قصر يد الملتقط لحق حضانتها وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب، وكذا إذا وهب لإنسان عيناً ثم أراد الرجوع فيها فقال الموهوب له أنت أخي يريد بذلك إبطال حق الرجوع استحلف الواهب، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت الأخوة قوله لأن المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع: أي دون النسب المجرد، فإن فيه تحميله على الغير وهو لا

قوله: **(إذا كان امتناع القصاص لمعنى)** أقول: أي امتنع القصاص لذلك المعنى قوله: **(وفيما نحن فيه كذلك)** أقول: أي الامتناع من جهة من عليه قوله: **(لأنه لم يصرح بالإقرار)** أقول: بل أتى بما فيه شبهة البدلية أو شبهة الإنكار وهو النكول قوله: **(فأشبه الخطأ)** أقول: في كون الامتناع لمعنى من جهة من عليه قوله: **(فإن قيل، إلى قوله: حيث يثبت المال فيها)** أقول: أي في السرقة قوله: **(أجيب بأن المال الخ)** أقول: مأخوذ من النهاية قوله: **(وإذا قصر لم يتعد الخ)** أقول: أي إذا ثبت قصور في ثبوت المال بأن كان بحجة فيها شبهة. ثم أقول: لا يذهب عليك ما في هذا التقرير من القصور قوله: **(وهو أن يكون مشروعاً الخ)** أقول: لعل المراد أن يكون شبيهاً بقتل يكون المال مشروعاً فيه بطريق المنة اهـ، كما يلوح إليه قوله لعدم شبهها بالخطأ قوله: **(لعدم شبهها بالخطأ)** أقول: فإنه ما جاء

إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما إذا أقرّ بالخطأ والولي يدعي العمد. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأطراف

المقرّ له منه بمجرد إقراره (**والأب في حق المرأة**) فإنها إذا أقرّت بالأب يصح إقرارها ويثبت نسب المقرّ له منها بمجرد إقرارها، وأما لو أقرّت بالابن فلا يصح إقرارها ولا يثبت نسبه منها (**لأن في دعواها الابن**) أي في ادعائها الابن: أي في إقرارها به، كذا في النهاية وغاية البيان تأمل (**تحميل النسب على الغير**) وهو لا يجوز (**والمولى**) أي وكالولي: يعني السيد (**والزوج في حقهما**) أي في حق الرجل والمرأة، وهذا القيد: أعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعاً، فإن إقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح. وحاصل كلام المصنف هاهنا أن إقرار الرجل يصح بأربعة: بالأب والابن والمولى والزوجة، وإقرار المرأة يصح بثلاثة: بالأب والمولى والزوج، ولا يصح بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير. وكان أصل المسألة في محلها أن إقرار الرجل يصح بخمسة: بالوالدين والولد والزوجة والمولى. وإقرار المرأة يصح بأربعة: بالوالدين والزوج والمولى، ولا يصح بالولد لما مر، فكأن المصنف اكتفى بذكر الأب عن ذكر الأم لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور. قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: الأصل في هذا الباب أن المدعي قبله النسب إذا أنكر هل يستحلف إن كان بحيث لو أقر به لا يصح إقراره عليه، فإنه لا يستحلف عندهم جميعاً لأن اليمين لا تفيد، فإن فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلاً أو إقراراً فيقضى عليه، فإذا كان لا يقضى عليه لو أقرّ فإنه لا يستحلف عندهم جميعاً، وإن كان المدعي قبله بحيث لو أقرّ لزمه ما أقرّ به، فإذا أنكر هل يستحلف على ذلك؟ فالمسألة على الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف، فإن حلف برىء، وإن نكل عن اليمين لزمه الدعوى، فعلى هذا الأصل تخرج مسائل الباب انتهى (**قال**) أي القدوري في مختصره (**ومن ادّعى قصاصاً على غيره فجحده**) وليس للمدعي بينة (**استحلف**) المدعى عليه (**بالإجماع**) سواء كانت الدعوى في النفس بها أو فيما دونها، وهذه المسألة مذكورة في الجامع الصغير أيضاً في كتاب القضاء (**ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقرّ، وهذا**) أي الحكم المذكور (**عند أبي حنيفة، وقالا: لزمه الأرش فيهما**) أي في النفس وفيما دونها (**لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما**) لأنه إن امتنع عن اليمين تورّعاً عن اليمين الصادقة لا يكون إقراراً بل يكون بذلاً، كذا في الكافي (**فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصاً**) أي خاصة (**إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه**) أي من جهة من عليه القصاص، وقيد امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه القصاص، لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال أيضاً، كما إذا أقام مدعي

يجوز، ولهذا إنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة دون الابن، لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير، وأما المولى والزوج فإن دعواهما تصح من الرجل والمرأة إذ ليس فيه تحميل على أحد فيستحلف، وهذا بناء على أن النكول بدل من الإقرار فلا يعمل إلا في موضع يعمل فيه الإقرار. قال (**ومن ادّعى قصاصاً على غيره فجحد الخ**) ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحده وليس للمدعي بينة يستحلف المدّعى عليه بالإجماع سواء كانت الدعوى في النفس أو فيما دونها، ثم إن نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص، وفي النفس

تعذر القصاص من قبل القاتل. ثم اعلم أن الضمير في قوله شبهها راجع إلى صورة في قوله ولم يوجه في صورة الشهادة قوله: (**فقطعها لا يجب الضمان**) أقول: ولكن يأثم فيه قوله: (**لجاز قطع يده من غير إثم**) أقول: الأولى أن يقال لجاز بذل به من غير إثم وليس كذلك، فيرتبط الجواب بالسؤال، فإن ضمير لا يباح عائد إلى البذل على ما يقتضيه كلام المصنف. وأيضاً فالقطع يقطع الخصومة إذا لم يكن المدعي محقاً ليس بمحتاج. وأما قوله كالقطع للآكلة فأمره هين فإنه من قبيل إسناد الفعل إلى السبب الآمر وهو الباذل والتشبيه في مجرد الإباحة قوله: (**لأنهم المحتاجون إليها**) أقول: يعني إلى الأطراف قوله: (**فيثبت بالشبهات الخ**) أقول: يعني فيثبت القطع بالشبهات، لكن بقي هاهنا بحث، إذ يلزم حينئذ أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين مثلاً وليس فليس، بل الأصوب أن يقال: إن الأطراف لكونها بمنزلة الأموال يصح فيها البذل إذا كانت هي المدعي والمدعي في السرقة هو المال لا القطع لكون القطع حق الله تعالى فلا يستحلف فيه حتى

يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البذل، بخلاف الأنفس فإنه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان، وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع،

القصاص رجلاً وامرأتين أو الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشيء، لأن الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شيء كذا في الشروح، ونظير هذا ما أشار إليه المصنف بقوله (كما إذا أقرّ بالخطأ والولي يدعي العمد) فإنه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب فيه شيء (ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك به مسلك الأموال) لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال (فيجري فيها البذل) كما يجري في الأموال (بخلاف الأنفس) حيث لا يجري فيها البذل (فإنه لو قال: اقطع يدي) أي لو قال الآخر اقطع يدي (فقطعها لا يجب الضمان) أي على القاطع (وهذا) أي عدم وجوب الضمان (إعمال للبذل) في الأطراف، وأما لو قال اقتلني فقتله فإنه يجب عليه القصاص في رواية والدية في أخرى، وهذا دليل على عدم جريان البذل في الأنفس. ولما استشعر أن يقال لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لكان ينبغي أن يباح قطع يده إذا قال اقطع يدي كما يباح أخذ ماله إذا قال خذ مالي، أجاب عنه بقوله (إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة) أي لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما أن إتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بأن قال ألق مالي في البحر أو احرقه بالنار (وهذا البذل) أي الذي بالنكول (مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقطع السن للوجع) قال صاحب العناية: وفيه بحث من وجهين، أحدهما أنه مناقض لما قال في السرقة إن القطع لا يثبت بالنكول. والثاني أن الخصومة تندفع بالأرش وهو أهون، فالمصير إليه أولى. وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد لأنهم المحتاجون إليها فتثبت بالشبهات كالأموال، والقطع في السرة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات. وعن الثاني: بأن دفع الخصومة بالأرش إنما يصار إليه بعد تعذر ما هو الأصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى. واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث الأول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى، وهو لا يثبت بالشبهات بعد أن بيّن المراد حيث قال: يعني أن في كون النكول بذلاً شبهة لكن فيه بحث، فإنه لو صرّح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضاً، فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه انتهى. أقول: مدار بحثه على أن يكون المراد ما بينه، وذلك ممنوع إذ يجوز أن يكون المراد أن في كون الأطراف مما يسلك به مسلك الأموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الأنفس كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله وبنى عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة وبين الحرّ والعبد وبين العبدين فيما

يحبس حتى يقرّ أو يحلف عند أبي حنيفة، وقالا: لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص، ويجب به المال إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة، كما إذا أقرّ بالخطإ والولي يدعي العمد، وفيما نحن فيه كذلك لأنه لم يصرح بالإقرار فأشبه الخطأ، وأما إذا كان الامتناع من جانب من له كما إذا أقام مدعي القصاص رجلاً وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فإنه لا يقضي بشيء لأن الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطأ فلَا يجب شيء، ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها. فإن قيل: من أين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وهاهنا يثبت بالنكول دون الشهادة؟ أجيب بأن المال ثمة أصل ويتعدى إلى القطع، وإذا قصر لم يتعد فبقي الأصل، وهاهنا الأصل المشهود به هو القصاص، ثم يتعدى إلى المال إذا وجد شرطه وهو أن يكون مشروعاً بطريق المنة للخصمين للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في

يبذل يده لاندفاع الخصومة، فإن مناط التخريج في هذه المسائل على مذهب أبي حنيفة جريان البذل لفائدة وعدمه لا ثبوت الشبهة وعدمها فليتأمل. ويمكن أن يجاب عن أصل البحث وهو قولنا فيلزم أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين بأن يقال: إن القياس كان أن يقبل وعدم القبول لحديث الزهري وقد مر في أول الشهادة، ثم أقول: يمكن البحث في بعض مقدمات الجواب الأول وهو قولنا لا ثبوت الشبهة وعدمها قوله: (والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات) أقول: يعني أن في كون النكول بذلاً شبهة لكن فيه بحث فإنه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضاً، فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه قال المصنف: (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة).

وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة. قال: **(وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام)** كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد

دون النفس على ما يأتي في كتاب الجنايات، فمع هذه الشبهة لا يتأتى البذل في قطع الأطراف في حقوق الله تعالى، بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب. ثم إن في ذكر هذه الشبهة إيماء إلى سبب عدم تأتي البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكرها أولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه كما لا يخفى **(وإذا امتنع القصاص في النفس)** أي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر **(واليمين حق مستحق)** أي والحال أن اليمين حق مستحق **(يحبس به)** أي يحبس الناكل بذلك الحق **(كما في القسامة)** فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرّوا أو يحلفوا **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه)** أي كي لا يغيب خصمه نفسه **(فيضيع حقه)** أي حق المدعي، ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى تحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق، كذا في الكافي وغيره **(والكفالة بالنفس جائزة عندنا)** خلافاً للشافعي **(وقد مرّ من قبل)** أي وقد مرّ جواز الكفالة بالنفس من قبل: أي في أول كتاب الكفالة **(وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا)** اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف. روي عن قتادة والشعبي أنه لا يجوز. وروي عن إبراهيم النخعي أنه يجوز، وهذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا، والقياس أن لا يجوز. وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب الاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالإنكار فلا يجب عليه إعطاء الكفيل. ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله **(لأن فيه)** أي في أخذ الكفيل **(نظراً للمدّعي)** إذ لا يغيب حينئذ خصمه فيتمكن من إقامة البينة عليه **(وليس فيه كثير ضرر بالمدّعى عليه، وهذا لأن الحضور مستحق عليه)** أي على المدعى عليه **(بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه)** من الإعداء على لفظ المجهول. يقال استعدى فلان الأمير على من ظلمه: أي استعان به فأعداه الأمير عليه: أي أعانه الأمير عليه ونصره، ومنه قول الشاعر:

ونستعدي الأمير إذا ظلمنا ومن يعدى إذا ظلم الأمير

كذا في النهاية وغيرها **(ويحال بينه وبين أشغاله)** من الحيلولة على لفظ المجهول أيضاً **(فيصح التكفيل بإحضاره)** بمجرد الدعوى **(والتقدير بثلاثة أيام مرويّ عن أبي حنيفة وهو الصحيح)** احترازاً عما روي عن أبي يوسف أنه يؤخذ الكفيل إلى المجلس الثاني **(ولا فرق في الظاهر)** أي في ظاهر الرواية **(بين الخامل والوجيه)** يقال خمل الرجل خمولاً: إذا كان ساقط القدر **(والحقير من المال والخطير)** أي وبين الحقير من المال والخطير: أي الشريف. وعن محمد أنه إذا كان معروفاً أو الظاهر من حاله أنه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل، وكذا لو كان المدعى حقيراً لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل **(ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر)** أي معنى قوله حاضرة حاضرة في المصر **(حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي**

صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطإ. ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال فيجري فيها البذل، ألا ترى أنه لو قال اقطع يدي فقطعنا لا يجب الضمان، وليس ذلك إلا من حيث إعمال البذل، بخلاف الأنفس حيث لا يجري فيها البذل، فإنه لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في أخرى. فإن قيل: لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لجاز قطع يده من غير إثم إذا قال اقطع يدي، كما يباح له أخذ ماله إذا قال خذ مالي. أجاب بقوله إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، حتى لو كان القطع مفيداً كالقطع للأكلة وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله، وما نحن فيه من البذل: أي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحاً، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه مناقض لما قال في السرقة إن القطع لا يثبت بالنكول. والثاني أن الخصومة تندفع بالأرش وهو أهون بالمصير إليه أولى. وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد، لأنهم المحتاجون إليها، فتثبت بالشبهات كالأموال، والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات. وعن الثاني بأن دفع الخصومة بالأرش إنما يصار إليه بعد تعذر ما هو الأصل

مرّ من قبل، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظراً للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدي عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام مرويّ عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو الصحيح، ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير، ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر، حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو

غيب) بفتحتين مخففة الياء أو بضم الغين مشدّدة الياء (لا يكفل) أي لا يكفل خصمه (لعدم الفائدة) لأن الفائدة هي الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال، والغائب كالهالك من وجه، إذ ليس كل غائب يؤوب (قال) أي القدوري في مختصره (فإن فعل) أي فإن أعطى خصمه الكفيل فيها (وإلا) أي وإن لم يعط (أمر بملازمته) أي أمر المدعي بملازمة خصمه (كي لا يذهب حقه) أي حق المدعي (إلا أن يكون غريباً) أي إلا أن يكون المدعى عليه غريباً (على الطريق) أي مسافراً (فيلازم) أي فيلازم المدعي المدعى عليه (مقدار مجلس القاضي، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس) أي وكذا لا يكفل المدعى عليه إذا كان مسافراً إلا إلى آخر مجلس القاضي (فالاستثناء منصرف إليهما) أي الاستثناء المذكور في مختصر القدوري بقوله إلا أن يكون غريباً منصرف إلى التكفيل والملازمة جميعاً (لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك) أي على مقدار مجلس القاضي (إضراراً به)أي بالمدعى عليه (بمنعه عن السفر، ولا ضرر في هذا المقدار) أي في مقدار مجلس القاضي (ظاهراً) أي من حيث الظاهر لأن بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة، فإذا جاء أوان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فإن القاضي يحلف المدعى عليه ويخلي سبيله ليذهب حيث شاء، فإن اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب أنا مسافر وقال الطالب إنه لا يريد السفر تكلموا فيه بأقوال. قال بعضهم: القول قول المدعي لأنه متمسك بالأصل فإن الأصل هو الإقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالأصل. وقال بعضهم: القاضي يسأله مع من يريد السفر؟ فإن أخبره مع فلان والقاضي يبعث إلى الرفقة أميناً من أمنائه يسأل إن فلاناً هل استعد للخروج معكم، فإن من أراد السفر لا بد أن يكون مستعداً لذلك، قال الله تعالى: ﴿ولو أرادوا الخروج لأعدّوا له عدة﴾ [التوبة: ٤٦] فإن قالوا نعم قد استعدّ لذلك انضم قولهم إلى قوله فيقبل ذلك منه فيمهله إلى آخر المجلس، فإن أحضر المدعي بينته في هذه المدة وإلا خلى سبيل المطلوب، وإن لم يعلموا من حاله فنحن نعلم أنه يبقى ثلاثة أيام لأجل الاستعداد فقلنا بأنه يجبر على إعطاء الكفيل ثلاثة أيام، كذا في غاية البيان. قال المصنف (وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله

وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه، فظهر مما ذكرنا أن البذل في الأطراف جائز فيثبت القطع به وفي الأنفس ليس بجائز فيمتنع القصاص، وإذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به فيها كما في القسامة فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرّوا أو يحلفوا. قال (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة الخ) وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فإما أن يكون المدعى عليه مقيماً أو مسافراً، فإن كان مقيماً قيل له أعطه كفيلاً عن نفسك ثلاثة أيام، فإن فعل وإلا أمر بملازمته. أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم. وأما جواز التكفيل فهو استحسان، والقياس يأباه قبل إقامة الحجة. ووجه ذلك أن الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعدي عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره نظراً للمدعي وضرر المدعى عليه به يسير فيحتمل كالإعداء والحيلولة بينه وبين أشغاله. وأما التقدير بثلاثة أيام فمرويّ عن أبي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير والحقير من المال والحقير منه هو الصحيح. وروي عن محمد أنه قال: إذا كان معروفاً والظاهر أنه لا يخفي شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك، وإن سمحت نفسه بذلك يؤخذ، وكذا إذا كان المدعي به حقيراً لا يخفى

أقول: ليست المسألة من باب اليمين فذكرها هاهنا استطرادي قوله: (ووجه ذلك) أقول: يعني وجه الاستحسان قوله: (هو الصحيح) أقول: فيه بحث فإن المحكوم عليه بالصحة في الكتاب هو التقدير بثلاثة أيام احترازاً عما روي عن أبي يوسف، فالشرح لا يطابق المشروح، وجوابه أظهر من أن يكتب.

شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة. قال: (فإن فعل وإلا أمر بملازمته) كي لا يذهب حقه **(إلا أن يكون غريباً فيلازم مقدار مجلس القاضي)** وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس، فالاستثناء منصرف إليهما لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرار به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهراً، وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى.

تعالى) والذي يذكره المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه حبس، ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج، لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة انتهى. وقال في الفتاوى الصغرى: وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ويبعث أميناً حتى يدور معه أينما دار، لكن لا يجلسه في موضع لأن ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه، وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإن الطالب لا يمنعه من الدخول على أهله، بل يدخل المطلوب على أهله والطالب الملازم يجلس على باب داره. ثم قال: رأيت في الزيادات في الباب الخامس والأربعين أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته فإما أن يأذن المدعي بالدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لأنه لو تركه حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى.

المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه، وأما لأمر بالملازمة فلئلا يضيع حقه، فإن قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة، لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال، والغائب كالهالك من وجه، إذ ليس كل غائب يئوب، وإن كان مسافراً فالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضي، إذ ليس فيه كبير ضرر، وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر، وكيفية الملازمة ستذكر في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى.

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال: **(واليمين بالله عز وجل دون غيره)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر» وقال عليه الصلاة والسلام «من حلف بغير الله فقد أشرك» **(وقد تؤكد بذكر أوصافه)** وهو التغليظ، وذلك مثل قوله: قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه. وله أن يزيد في التغليظ على هذا وله

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما ذكر نفس اليمين أي في أيّ موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لأن كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفته والصفة تقتضي سبق الموصوف **(قال)** أي القدوري في مختصره **(واليمين بالله دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»)**[1] أقول: هاهنا كلام وهو أنه قال في كتاب الأيمان: اليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزّة الله وجلاله وكبريائه، وهذا صريح في أن اليمين كما تكون بالله تعالى تكون أيضاً بصفاته التي يحلف بها في المتعارف، والحصر المستفاد من قوله هاهنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضي اختصاص اليمين بالله تعالى. وأيضاً قال هناك: وإن قال إن فعلت هذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يميناً، والحصر المستفاد هاهنا ينافيه أيضاً. ويمكن أن يجاب عن الأول بأنه قد اشتهر من مذهب أهل السنة أن صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها، فعلى هذا لا ينافي قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها أيضاً اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره. وعن الثاني بأن اليمين في الصورة المذكورة وإن لم تكن بالله تعالى في ظاهر الحال إلا أنها كانت به في المآل فتأمل. وفي المبسوط: إن الحرّ والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين سواء، لأن المقصود هو القضاء بالنكول، وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وقد تؤكد)** أي اليمين **(بذكر أوصافه)** أي بذكر أوصاف الله تعالى، هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف **(وهو التغليظ، وذلك مثل قوله قل: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر)** والخفاء **(ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي**

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها، لأن كيفية الشيء وهو ما تقع به المشابهة واللامشابهة صفته، واليمين بالله دون غيره لقوله ﷺ: «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر» وكلامه فيه ظاهر وقوله: **(ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق)** هو ظاهر الرواية، وجوّز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله، لكنهم قالوا: إن نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً، ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه. وابن سوريا بالقصر اسم أعجمي «روي أنه عليه الصلاة والسلام رأى قوماً مروا برجل وامرأة سخم وجههما فسأل عن حالهما

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال المصنف: **(واليمين بالله)** أقول: قوله واليمين مبتدأ، وقوله بالله خبره.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٠٠ وأبو داود ٤٤٤٨ والبيهقي ٨/ ٢١٤، ٢١٥ وأحمد ٤/ ٢٨٦ كلهم من حديث البراء بن عازب وورد من حديث جابر أخرجه أبو يعلى ٢٠٣٢ والحميدي ١٢٩٤. ولفظه «أن النبي ﷺ استحلف ابني صوريا حيث سألهما عن الرجيم، فاستحلفهما كيف تجدانه في كتاب الله:؟ قال: فاستحلفهما بالله الذي لا إله إلا هو الذي أنزل التوراة على موسى كيف تجدون حد الزاني في كتابكم؟».
وورد أيضاً من حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود ٤٤٥٠ مطولاً.

أن ينقص منه، إلا أنه يحتاط فيه كي لا يتكرر عليه اليمين، لأن المستحق يمين واحدة، والقاضي بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ فيقول: قل بالله أو والله، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره، وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير. قال: **(ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق)** لما روينا، وقيل في زماننا إذا ألحّ الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق. قال:

ادعاه، **وهو كذا وكذا ولا شيء منه، وله)** أي وللقاضي **(أن يزيد في التغليظ على هذا)** أي على المذكور **(وله أن ينقص منه)** أي من المذكور لأن المقصود من الاستحلاف النكول، وأحوال الناس فيه مختلفة؛ منهم من يمتنع إذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر إذا حلف بالله فقط، ثم منهم من يمتنع بأدنى تغليظ، ومنهم من لا يمتنع إلا بزيادة تغليظ، فللقاضي أن يراعي أحوال الناس. والأصل فيه حديث أبي هريرة رضي الله عنه «في الذي حلف بين يدي رسول الله ﷺ فقال: والله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الذي أنزل عليك الكتاب»[١] ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ **(إلا أنه يحتاط كي لا يتكرر عليه اليمين)** والمراد بالاحتياط أن يذكر بغير واو، إذ لو ذكر: والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة أيمان، وتكرار اليمين غير مشروع، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط **(لأن المستحق عليه يمين واحدة والقاضي بالخيار، إن شاء غلظ)** فلا يزاد عليها **(وإن شاء)** القاضي **(لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله)** لما مر أن المقصود من اليمين النكول وأحوال الناس فيه شتى: فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج إليه فالرأي فيه إلى القاضي **(وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح)** إذ الظاهر منه أن يمتنع بدون التغليظ **(ويغلظ على غيره)** لكون أمره على خلاف الأول **(وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير)** لمثل ما قلنا في القيل الأول **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا)** وهو قوله عليه الصلاة والسلام «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»[٢] **(وقيل في زماننا إذا ألحّ الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك)** أي بالطلاق أو بالعتاق **(لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق)** أقول: يرد عليه أن هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر» فلا يصح على ما عرف في موضعه. وفي فتاوى قاضيخان: وإن أراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام. وبعضهم جوّزوا ذلك في زماننا، والصحيح ظاهر الرواية انتهى. وفي الذخيرة: التحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلظة لم يجوّزه أكثر مشايخنا وأجازه البعض، فيفتي بأنه يجوز إن مسته الضرورة، وإذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتي بأن الرأي إلى القاضي انتهى. وفي فصول الأستروشني: ولو حلف القاضي بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهيّ عنه شرعاً انتهى. وفي الخلاصة:

فقالوا: إنهما زنيا: فأمر بإحضار ابن صوريا وهو حبر هم فقال: أنشدك بالله: أي أحلفك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنى في كتابكم هذا؟» وذلك دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك **(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان، لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجابه خرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع)** قال

قوله: **(لا يقضى عليه بالنكول)** أقول: على ظاهر الرواية وهو الصحيح قوله: **(لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً)** أقول: فكيف سوغ للقاضي تكليف الإتيان بما هو منهي عنه شرعاً، ولعل ذلك البعض يقول النهي تنزيهي.

---

(١) بل جاء التصريح بابن صوريا في حديث جابر أخرجه أبو داود ٤٤٥٢ وأبو يعلى ٢٠٣٢.

(٢) موقوف. ذكره البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي كما في نصب الراية ٤/١٠٣ وقال الزيلعي: وقال البيهقي في آخر الباب: وفي كتاب المستخرج لأبي الوليد بإسناد صحيح عن الشعبي، وفيه إرسال. وكذا ذكر ابن حجر في الدراية ٢/١٧٦.

(ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا الأعور «أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا» ولأن اليهودي يعتقد نبوّة موسى والنصراني نبوّة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (و) يستحلف **(المجوسي بالله الذي خلق النار)** وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل. ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله في النوادر أنه لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصاً. وذكر الخصاف رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله، وهو اختيار بعض مشايخنا لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم، بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة **(والوثني لا يحلف إلا بالله)** لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى، قال الله تعالى ـ ولئن سألتهم من خلق السماوات والأرض ليقولنّ الله ـ قال: **(ولا يحلفون في بيوت**

التحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلظة لا يجوّزه أكثر مشايخنا فإن مست الضرورة يفتي بأن الرأي إلى القاضي، فلو حلف القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى. أقول: قد تلخص من هذه المذكورات كله أن للقاضي أن يحلف بالطلاق والعتاق عند إلحاح الخصم، وأن يفتي بجواز ذلك إن مسته الضرورة، ولكن ليس له أن يقضي بالنكول عنه، وإن قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية: ولكهنم قالوا: إن نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً، ولو قضى به لا ينفذ قضائه انتهى. لكن فيه إشكال لأن فائدة التحليف القضاء بالنكول، فإذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به، ألا يرى إلى ما مرّ في بيان دليل أبي حنيفة على عدم جواز الاستحلاف في الأشياء العديدة عنده من أن النكول بذل والبذل لا يجري في هذه الأشياء، وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف في الأشياء المذكورة عنده فتأمل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى لقوله)** أي لقول نبينا **(صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الأعور)** وفي المغرب: ابن صوريا بالقصر اسم أعجمي **(أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا)** أي التحميم، هذا الحديث أخرجه مسلم في الحدود مسنداً إلى البراء بن عازب رضي الله عنه قال: «مرّ النبي عليه الصلاة والسلام بيهودي محمم، فدعاهم فقال: هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم؟ قالوا نعم، فدعا رجلاً فقال: نشدتك الله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حدّ الزنا في كتابكم؟ فقال: اللهم لا، فلولا أنك نشدتني بهذا لم أخبرك، حد الزنا في كتابنا الرجم، ولكنه كثر من أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحدّ فقلنا: تعالوا فنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع، فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم، فقال رسول الله ﷺ: «اللهم إني أوّل من أحيا أمرك إذ أماتوه، فأمر به فرجم»[1] وقال شراحه: وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا، وقد صرح باسمه في سنن أبي داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة أن النبي ﷺ قال له: يعني لابن صوريا، الحديث. وهذا مرسل **(ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوّة عيسى)** أي يعتقد نبوّة عيسى عليه السلام **(فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه)** ليكون رادعاً له عن الإقدام على اليمين الكاذبة **(ويحلف المجوسي بالله الذي**

الشافعي: إذا كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم إن كان بمكة فبين الركن والمقام، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبيّ ﷺ، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلاد في الجوامع، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر، وفيه ما مر من الحرج على الحاكم. قال: **(ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد الخ)** هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل أو السبب. والضابط في ذلك أن السبب، إما أن كان مما يرتفع برافع أو لا، فإن كان الثاني فالتحليف

---

(١) «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر».

عبادتهم) لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك. قال: **(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان)** لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك، وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع. قال: **(ومن ادّعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت)** لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه **(ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف**

خلق النار، هكذا ذكر محمد في الأصل) وذلك لأن المجوسي يعتقد الحرمة في النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود **(ويروى عن أبي حنيفة أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصاً)** تفادياً عن تشريك الغير معه في التعظيم **(وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا، لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم)** لأن النار كغيرها من المخلوقات، فكما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس، فكذلك لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار. وفي المبسوط: وكأنه وقع عند محمد أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة، فلمقصود النكول قال: تذكر النار في اليمين انتهى **(بخلاف الكتابيين)** أي التوراة والإنجيل **(لأن كتب الله معظمة)** فجاز أن تذكر مع اسم الله تعالى **(والوثني لا يحلف إلا بالله، لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿ولئن سألتهم من خلق السماوات والأرض ليقولنّ الله﴾)** لا يقال: لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الأوثان. لأنا نقول: إنما يعبدونها تقرباً إلى الله تعالى على زعمهم؛ ألا يرى إلى قوله تعالى حكاية عنهم. ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى. وإذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون على الإقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها)** أي لا يحضر بيوت عبادتهم للحرج **(بل هو ممنوع عن ذلك)** لأن فيه تعظيم ذلك المكان، والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان، ففي أيّ مكان حلفه جاز. وفي الأجناس قال في المأخوذ للحسن: وإن سأل المدعي القاضي أن يبعث به إلى بيعة أو كنيسة فيحلفه هناك فلا بأس أن يفعله إذا اتهمه، كذا في غاية البيان **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك)** أي بدون تعيين الزمان والمكان **(وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها)** أي حضور الأزمان المعينة والأماكن المخصوصة **(وهو مدفوع)** أي الحرج مدفوع بالنص. وقال الشافعي: إذا كانت اليمين في قسامة أو في لعان أو في مال عظيم فإنها تختص بمكان؛ إن كان بمكة فبين الركن والمقام، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبيّ عليه الصلاة والسلام، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلاد في الجوامع، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط وشرح الأقطع **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن ادّعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه**

على السبب بالإجماع، وإن كان الأول فإن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى السبب عند أبي يوسف إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل أن يقول عند قول القاضي أحلف بالله ما بعت أيها القاضي أن الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل، هذا هو الظاهر. ونقل عن شمس الأئمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل ينظر في إنكار المدعى عليه، فإن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل، فعلى الظاهر إذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لأنه إنما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد، وهو بالنسبة إلى المسلم ليس بمتصوّر لأنه يقتل بالارتداد، بخلاف العبد الكافر والأمة مطلقاً، فإن الرقّ يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق، وإذا ادّعت

قوله: (وفي إيجابه حرج على القاضي بحضوره) أقول: الباء للسببية، والضمير في قوله وفي إيجابه راجع إلى تغليظ اليمين.

بالله ما غصبت) لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع **(وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال)** لأنه قد يطرأ عليه الخلع **(وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه، لأنه لو حلف على السبب يتضرّر المدعى عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. أما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرّض**

ولا يستحلف بالله ما بعت) يعني يستحلف على الحاصل دون السبب. واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل أو السبب، والضابط في ذلك أن السبب، إما إن كان مما يرتفع برافع أولاً، فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع، وإن كان الأول فإن تضرّر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعلى السبب عند أبي يوسف رحمه الله إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب. قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة **(لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه)** من الإقالة: أي ثم تطرأ عليه الإقالة فلا يبقى البيع على حاله، فلو استحلف المدعى عليه على السبب الذي هو البيع هاهنا لتضرّر به فاستحلف على الحاصل دفعاً للضرر عنه **(ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك ردّه)** أي ردّ المدعي **(ولا يحلف بالله ما غصبت)** هذا أيضاً من قول القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأنه قد يغصب)** أي قد يغصب الشيء **(ثم يفسخ)** أي يفسخ الغصب **(بالهبة والبيع)** فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي هو الغصب هاهنا لتضرّر فيه فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه **(وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال)** وهذا أيضاً من قول القدوري. وقال صاحب النهاية وأكثر الشراح: هذا على قولهما لما أن الاستحلاف في النكاح قولهما. أقول: الأولى أن يقال هذا على قول محمد، لأن الاستحلاف في النكاح مطلقاً، وإن كان يجري على قولهما معاً إلا أن الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل إنما يجري على قول محمد فقط، إذ الاستحلاف فيه على قول أبي يوسف إنما هو على السبب كما ينادي عليه قول المصنف فيما سيأتي، أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب. نعم سيقول المصنف هناك أيضاً إلا إذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل، لكن الكلام هنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقاً أي سواء عرّض أو لم يعرض يدل عليه قطعاً بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، أما على قول أبي يوسف الخ إذ لا خلاف في صورة التعريض. قال المصنف في التعليل **(لأنه قد يطرأ عليه الخلع)** أي يطرأ على

المبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب، لأنه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي. فإن قيل: بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب وليس بأولى بالضرر من المدعي؟ أجيب بأنه أولى بذلك لأن القاضي لا يجد بدّاً من إلحاق الضرر بأحدهما والمدعي يدعي ما هو أصل لأن الشراء إذا ثبت يثبت الحق له، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض، وإذا ادّعى الطلاق أو الغصب أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك ردّه وما بينكما نكاح أو بيع قائم في الحال لأن السبب، مما يتكرّر

قوله: **(فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع)** أقول: أي على ظاهر الرواية قوله: **(أيها القاضي)** أقول: مقول يقول قوله: **(هذا هو الظاهر)** أقول: أي ظاهر الرواية قوله: **(يحلف على السبب لعدم تكرره)** أقول: وإن أنكر الحكم قوله: **(والأمة مطلقاً)** أقول: أي كافرة أو مسلمة قوله: **(وعليها بالردة واللحاق)** أقول: إذا تكرر على المسلمة فعلى الكافرة أولى، فلا يرد أن هذا التعليل لا يناسب قوله مطلقاً قال المصنف: **(وهذا قول أبي حنيفة ومحمد الخ)** أقول: أي التحليف على الحاصل، وليس معناه أن التحليف على الحاصل في جميع الأمور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف في النكاح عنده، ولو سلم فيجوز أن يكون بناء على قولهما كما في المزارعة فليتأمل.

بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل. وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل. فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سبباً يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك أن تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها، أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها، لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي، وإن كان سبباً لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع (كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه، بخلاف

النكاح الخلع، فلو حلف على السبب الذي هو أصل النكاح هاهنا لتضرّر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه **(وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها)** وهذا أيضاً من قول القدوري، فكأنه زاد ذكر دعوى في هذه المسألة التي هي أخرى المسائل المتناسبة المذكورة هاهنا إيماء إلى أنها معتبرة في المسائل السابقة أيضاً، إلا أنها تركت فيها اعتماداً على انفهامها بمعونة المقام. قال المصنف في تعليل هذه المسألة **(لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة)** وفرّع على جملة ما ذكره في تلك المسائل قوله **(فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب لتضرر المدعى عليه)** على ما مر تقريره **(وهذا قول أبي حنيفة ومحمد)** أي التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة قولهما. قال بعض العلماء: هاهنا كلام وهو أنه لا يحلف في النكاح عند أبي حنيفة فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى. أقول: هذا ظاهر، ولكن الظاهر أيضاً أن يحمل كلام المصنف هذا على التغليب: أي تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتماداً على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح مما مرّ. ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال: أي التحليف على الحاصل قول أبي حنيفة ومحمد، وليس معناه أن التحليف على الحاصل في جميع الأمور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف عنده في النكاح انتهى. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب يأبى ما قاله هذا القائل، إذ قد صرح المصنف هاهنا بلفظ الجمع تعييناً لكون الخلاف بين أبي يوسف وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لا في كيفية التحليف في الجملة فتدبر **(أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك)** أي في جميع ما ذكر من الوجوه **(على السبب إلا إذا عرّض بما ذكرنا)** أي إلا إذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب. وصفة التعريض أن يقول المدعى عليه للقاضي إذا عرض القاضي اليمين عليه بالله ما بعت أيها القاضي أن الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقيل فيه، وعلى هذا باقي أخوات البيع فتدبر **(فحينئذ يحلف على الحاصل)** أي فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال، وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقاً

فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند أبي يوسف يحلف على السبب. قال: **(ومن ورث عبداً وادّعاه آخر استحلف على علمه الخ)** وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات، والضابط في ذلك أن الدعوى إذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات، ونوقض بالرد بالعيب، فإن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق ما سرق مع أنه على فعل الغير، وبالمودع إذا ادعى قبض صاحب الوديعة فإنه يحلف على البتات والقبض فعل الغير،

قال المصنف: **(فالتحليف على السبب بالإجماع)** أقول: في باب اليمين فتاوى قاضيخان ما يخالفه فراجعه وتدبر في دفعه قوله: **(وإذا ادعت المبتوتة النفقة الخ)** أقول: وفي الخانية في باب اليمين: امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها بعد الدخول وعليه نفقة العدة فأنكر الزوج النفقة يحلف بالله ما عليك تسليم النفقة إليها إلا إذا عرضت المرأة فتقول إنه من أصحاب الحديث يزعم أنه لا نفقة للمبتوتة. ولو حلف على الحاصل يحلف بناء على زعمه فيحلفه القاضي على السبب بالله ما طلقتها بعد الدخول انتهى. فأقول: لا يخفى عليك من المخالفة بين هذا والمذكور في الكتاب، ويجوز أن يقال ما في الخانية فيما إذا لم يعلم القاضي مذهب الزوج وما في الهداية والشروح فيما إذا علمه كما يفهم من قوله والزوج ممن لا يراها قوله: **(يحلف على البتات الخ)** أقول: الظاهر أن يحلف على الحاصل بالله ما

الأمة والعبد الكافر) لأنه يكرّر الرق عليها بالردة واللحاق عليه بنقض العهد واللحاق، ولا يكرر على العبد المسلم.

للمدعى عليه حين طالب به، كذا في النهاية نقلاً عن شرح الأقطع **(وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه)** أي روى عنه أنه ينظر إلى إنكار المدعى عليه **(إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل)** وفي فتاوى قاضيخان: قال شمس الأئمة: هذا أحسن الأقاويل عندي وعليه أكثر القضاة. وفي الكافي: قال فخر الإسلام: يفوّض إلى رأي القاضي **(فالحاصل هو الأصل عندهما)** أي التحليف على الحاصل هو الأصل عندهما **(إذا كان سبباً)** أي إذا كان سبب ذلك سبباً **(يرتفع برافع إلا إذا كان فيه)** أي في التحليف على الحاصل **(ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك)** أي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعي **(مثل أن تدعي مبتوتة نفقة العدّة والزوج ممن لا يراها)** أي لا يرى نفقة العدّة للمبتوتة **(أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها)** بأن كان شافعياً **(لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي)** فإن قيل: في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه أيضاً لجواز أنه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب. قلنا: القاضي لا يجد بدأ من إلحاق الضرر بأحدهما، فكان مراعاة جانب المدعي أولى لأن السبب الموجب للحق وهو الشراء إذا ثبت يثبت الحق له، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض، كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وإن كان سبباً)** أي إن كان سبب ذلك سبباً **(لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه)** وجحد المولى فإنه يحلف على السبب بالله ما أعتقه لأنه لا ضرورة إلى التحليف على الحاصل، إذ لا يجوز أن يعود رقيقاً بعد الإعتاق، كيف ولو تصوّر عود الرق فإنما يتصوّر على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد، ولا يمكن ذلك بالنسبة إلى العبد المسلم لأنه يقتل بالارتداد **(بخلاف الأمة والعبد الكافر)** حيث يحلف فيهما على الحاصل: أي ما هي حرّة أو ما هو حر في الحال كذا في الكافي **(لأنه يكرر الرق عليها)** أي على الأمة **(بالردّة واللحاق)** بدار الحرب والسبي **(وعليه)** أي ويكرر الرقّ على العبد الكافر **(بنقض العهد واللحاق)** بدار الحرب والسبي أيضاً **(ولا يكرر على العبد المسلم)** لما ذكرناه آنفاً **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(ومن ورث عبداً وادعاه آخر)** ولا بينة له **(استحلف)** أي الوارث **(على علمه)** أي بالله ما يعلم أن هذا عبد المدعي **(لأنه لا علم له)** أي للوارث **(بما صنع المورّث فلا يحلف على البتات)** إذ لو حلفناه عليه لامتنع عن اليمين مع كونه

وبالوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقرّ أن الموكل قبض الثمن وأنكره الموكل يحلف الوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير، وعن هذا ذهب بعضهم إلى أن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك، فأما إذا قال لي علم بذلك حلف على البتات. وفي صور النقض يدّعي العلم فكان الحلف على البتات، وتخريجها على الأول أن في الردّ بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليماً عن العيوب، فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه، وفي الباقيين الحلف يرجع إلى فعل نفسه وهو التسليم لا إلى فعل غيره وهو القبض **(وإذا ورث عبداً وادّعاه آخر استحلف على علمه، لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات، وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق**

عليك حق الرد فإن بالحلف على السبب يتضرر البائع إذ قد يبرأ المشتري عن العيب قوله: **(وفي صورة النقض يدعي العلم الخ)** أقول: غير مسلم في الرد بالعيب قال المصنف: **(لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات)** أقول: قال الزيلعي أخذاً من النهاية: ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه، وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه إذا نكل الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقاً، بخلاف العكس انتهى. فيه بحث، أما أولاً فلأن قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق أن يقضي بالنكول فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات أولى، والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذراً عن التكرار فليتأمل، وأما ثانياً فلأن قوله ويقضى عليه إذا نكل الخ محل تأمل، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه إذا نكل؟.

قال: (ومن ورث عبداً وادّعاه آخر يستحلف على علمه) لأنه لا علم له بما صنع المورّث فلا يحلف على البتات

صادقاً فيها فيتضرر به، كذا في الكافي (وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) يعني إن وهب له عبداً أو اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات (لوجود المطلق) أي المجوز (لليمين) أي لليمين على البتات (إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة) فإن قيل: بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الإرث وغيره فإن الإرث أيضاً سبب موضوع للملك شرعاً كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم؟ قلنا: إن معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً أن ذلك سبب يثبت الملك باختياره المشتري ومباشرته، ولو لم يعلم المشتري أن العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختياراً وكذا الموهوب له في قبول الهبة، بخلاف الإرث فإنه يثبت الملك للوارث جبراً من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشتري والموهوب له بالبتات، كذا في الشروح. ثم اعلم أن هذا نوع آخر أيضاً من كيفية اليمين، وهو اليمين على العلم أو البتات، والضابط في ذلك أن التحليف إن كان على فعل نفسه يكون على البتات، وإن كان على فعل غيره يكون على العلم. فإن قيل: أنى يستقيم هذا. ولو ادعى عليه رجل إباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الإباق فإنه يحلف على البتات مع أن الإباق فعل غيره؟ قلنا المدعي يدعي عليه تسليم غير التسليم عن العيب وهو ينكره، وأنه فعل نفسه، كذا في الكافي. قال الإمام الأستروشني في الفصل الثالث من فصوله: وأما كيفية التحليف فنقول: إن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بأن ادعى على رجل أنك سرقت هذا العين مني أو غصبت هذا العين مني يستحلف على البتات، وإن وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم، حتى لو ادعى ديناً على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك أو ادعى أن أباك سرق هذا العين مني أو غصب هذا العين مني يحلف على العلم، وهذا مذهبنا. قال شمس الأئمة الحلواني: هذا الأصل مستقيم في المسائل كلها أن التحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا في الرد بالعيب يريد به أن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق أو آبق وأثبت إباقه أو سرقته في يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق بالله ما سرق في يدك، وهذا تحليف على فعل الغير، وهذا لأن البائع ضمن تسليم المبيع سليماً عن العيوب والتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات. وكان فخر الإسلام البزدوي يزيد على هذا الأصل حرفاً، وهو أن التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم، إلا إذا كان شيئاً يتصل به فحينئذ يحلف على البتات، خرج على هذا فصل الرد بالعيب لأن ذلك مما يتصل به، لأن تسليم العبد سليماً واجب على البائع، فإن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بأن قال اشتريت مني استأجرت مني استقرضت مني، فإن هذه الأفعال فعله وفعل غيره فإنها تقوم باثنين، ففي هذه الصور يحلف على البتات. وقد قيل: إن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك، فأما إذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات؛ ألا ترى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فإنه يحلف المودع على البتات، وكذا الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقرّ البائع أن الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه، فإذا حلف برىء المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل، وهذا تحليف على فعل الغير، ولكن الوكيل يدعي أن له علماً بذلك فإنه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البتات، إلى هنا لفظ الفصول، كذا في غاية البيان. وذكر الإمام اللامشتي أن في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً، وإذا

لليمين، إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة) فإن قيل: الإرث كذلك. أجيب بأن معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع. قال: (ومن ادعى على آخر مالاً الخ) ومن افتدى عن يمينه أو صالح منها على شي مثل المال المدعي به أو أقل جاز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه، ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه. وذكر في

(وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة.

نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول، ولو وجبت على العلم وحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم، ولو نكل يقضي عليه لأن الحلف على البتات أقوى، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفصول. وقال بعض الفضلاء: قال الزيلعي أخذاً من النهاية: ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضي عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه، وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم، ويقضي عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقاً، بخلاف العكس انتهى. وفيه بحث؛ أما أولاً: فلأن قوله لا يقضي عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي، بل اللائق أن يقضي بالنكول، فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات أولى. والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذراً عن التكرار. وأما ثانياً: فلأن قوله ويقضي عليه إذا نكل محل تأمل، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضي عليه إذا نكل، إلى هنا كلام ذلك القائل. وأقول: بحثه الثاني متوجه في الظاهر، ولكنه ليس بمستقل بإيراده، بل قد سبقه إليه بعض العلماء حيث ذكر ما في النهاية وقال: وفيه كلام، وهو أن الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى. وقد سبقهما إليه الإمام عماد الدين حيث قال في فصوله: ورأيت فيما كتبته من نسخة المحيط في فصل المتفرقات من أدب القاضي منه: في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلفه القاضي على العلم لا يكون معتبراً، وإذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول، ولو وجب على العلم فحلفه على البتات سقط عنه الحلف لأن البتات أقوى ولو نكل عنه يقضي عليه. قلت: وهذا الفرع مشكل انتهى. ولا يخفى أن مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضي عليه وإن وجه إشكاله توجه ما ذكراه. وأما بحثه الأول وجوابه فمنظور فيهما: أما البحث فلأن اللازم من النكول عن الحلف على العلم أن يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا أن يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل، والذي من أسباب القضاء هو الثاني دون الأول كما لا يخفى. وأما الجواب فلأنه لو علم بيقين كون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فالحكم أيضاً ما ذكر، ولا يجري الجواز المذكور هناك، على أنه لا وجه لقوله فلا يحلف حذراً عن التكرار، إذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى **(قال)** أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(ومن ادعى على آخر مالاً فافتدى يمينه)** أي افتدى الآخر عن يمينه **(أو صالحه منها)** أي صالح الآخر المدعي من اليمين **(على عشرة دراهم مثلاً فهو)** أي الافتداء أو الصلح **(جائز)** فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعي، وقد يكون بمال هو أقل من المدعي. وأما الصلح من اليمين فإنما يكون على مال أقل من المدعي في الغالب لأن الصلح ينبىء عن الحطيطة، وكلاهما مشروع، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وهو)** أي الافتداء عن اليمين **(مأثور عن عثمان رضي الله عنه)** قال صاحب العناية: ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه. ذكر في الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى

الفوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى يمينه ولم يحلف، فقيل ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة. وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد: ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان، فلما خرج المقداد قال

قوله: **(قال عثمان لعمر: إنها كانت سبعة آلاف)** أقول: فيه نظر، فإنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله تعالى عنه إنها كانت سبعة آلاف، ثم إن القصة ليست مما نحن فيه إذ ليس فيها إلا النكول لا الافتداء والصلح.

قال: (ومن ادّعى على آخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضي الله

يمينه ولم يحلف، فقيل ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة[1]، وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف، فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته، فقال المقداد: ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف، فقال عمر لعثمان: أنصفك المقداد احلف إنها كما تقول وخذها، فلم يحلف عثمان رضي الله عنه، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما إنها كانت سبعة آلاف، قال: فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك إليك؟ فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله. فيكون دليلاً للشافعي على جواز ردّ اليمين على المدعي. والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه نظر، فإن المقداد رضي الله عنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله عنه إنها كانت سبعة آلاف، ثم إن قصة المقداد ليست مما نحن بصدده، إذ ليس فيها إلا النكول لا الافتداء والصلح انتهى. وأقول: نظره ساقط بشقيه، أما شقه الأول فلأن معنى قول عثمان رضي الله عنه إنها كانت سبعة آلاف، أنها كانت في الأصل سبعة آلاف كما يرشد إليه لفظ كانت، لا أن الباقي في ذمته الآن سبعة آلاف. ولا يخفى أن قضاء أربعة آلاف إنما ينافي الأول دون الثاني. فإن قلت: يشكل حينئذ قوله. والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان رضي الله عنه إذ النزاع حينئذ يكون في الإيفاء والقبض دون مقدار أصل القرض كما ذكرته. قلت: المراد به أنه كان يدعي إيفاء تمام الدين وهو أربعة آلاف درهم على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول: بل أوفيت البعض منه وهو أربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلاثة آلاف، فحينئذ يكون النزاع في الإيفاء فرع النزاع في أصل مقدار القرض، فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر، ويخرج الجواب عما قاله الشافعي. وأما شقه الثاني: فلأنه لم يدّع أحد أن القصة مما نحن بصدده، بل صرحوا بأن عثمان رضي الله عنه كان مدّعياً في هذه القصة فصلح أن يتخذه الشافعي دليلاً على مذهبه وهو جواز ردّ اليمين على المدعي، وإن أمكن الجواب عنه من قبلنا، وإنما كان مدعى عليه ومفتدياً عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية، والمقصود التنبيه على أن قول المصنف وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه إنما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها، وقد أشار إليه صاحب العناية حيث قال أولاً: ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدّعى عليه فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية، ثم نقل هذه القصة فقال: فيكون دليلاً للشافعي على جواز ردّ اليمين على المدعي. واعلم أن صاحب النهاية: قد أوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال: قد اختلفت روايات الكتاب في أن عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك أو مدعياً، ففي الفتاوى الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى يمينه ولم يحلف، فقيل: ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة. وذكر في الباب الأوّل من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي في مسألة ردّ اليمين على المدعي أن عثمان رضي الله عنه كان مدعياً فقال: وحجته في رد اليمين على المدعي ما روى أن عثمان ادعى مالاً على المقداد بين يدي عمر رضي الله عنهم، إلى أن قال: ليحلف لي عثمان. وذكر الإمام

عثمان لعمر: إنها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك؟ إليك؟ فقال عثمان عند ذلك ما قاله. فيكون دليلاً للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي. والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان. وبه نقول. ثم لما بطل حقه

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٦٦٤٦ ومسلم ١٦٤٦ وأبو داود ٣٢٤٩ والترمذي ١٥٣٤ والنسائي كما في التحفة ١٠/ ٢٨ والدارمي ٢/ ١٨٥ ومالك ٢/ ٤٨٠ والبيهقي ١٠/ ٢٨ وعبد الرزاق ١٥٩٢٣، وابن حبان ٤٣٦٠، ٤٣٥٩ كلهم من حديث ابن عمر.
وورد من حديث ابن عمر عن عمر بن الخطاب أخرجه البخاري ٦٦٤٧ ومسلم ١٦٤٦ وأبو داود ٣٢٥٠ والنسائي ٧/ ٥ وابن ماجة ٥٠٩٤ والبيهقي ١٠/ ٢٨ وعبد الرزاق ١٥٩٢٢ وأحمد ١/ ١٨، ٣٦.

عنه. **(وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبداً)** لأنه أسقط حقه، والله أعلم.

المحبوبي تمام القصة فقال: روي أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف. فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته، فقال المقداد: ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف، فقال عمر لعثمان: أنصفك المقداد لتحلف أنها كما تقول وخذها، فلم يحلف عثمان، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر: إنها كانت سبعة آلاف، قال: فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك إليك؟ فقال عثمان عند ذلك ما قاله. ثم قال في المبسوط: وتأويل حديث المقداد أنه ادعى الإيفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول، إلى هنا كلام صاحب النهاية **(وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين)** أي ليس للمدعي أن يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها أو صالح عنها على مال **(أبداً)** أي في وقت من الأوقات **(لأنه أسقط حقه)** أي لأن المدعي أسقط حقه في يمين المدعى عليه بالافتداء أو الصلح، بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر، وكان له أن يستحلفه لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعتبرات.

في اليمين في لفظ الفداء والصلح ليس له أن يستحلف بعد ذلك لأنه أسقط حقه، بخلاف ما إذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه، لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال.

باب التحالف

قال: **(وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها)** لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها **(وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى)** لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة **(ولو**

باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لأن الاثنين بعد الواحد طبعاً فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما)** أي المشتري **(ثمناً)** بأن قال مثلاً اشتريته بمائة **(وادعى البائع أكثر منه)** بأن قال بعته بمائة وخمسين **(أو اعترف البائع بقدر من المبيع)** بأن قال مثلاً المبيع كرّ من الحنطة **(وادعى المشتري أكثر منه)** بأن قال هو كرّان من الحنطة. والحاصل إذا وقع الاختلاف بينهما في قدر الثمن كما في الصورة الأولى أو في قدر المبيع كما في الصورة الثانية **(فأقام أحدهما البينة قضى له بها)** أي بالبينة **(لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها)** لأن البينة توجب منه الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه عليه **(وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات للإثبات)** أي وضعت في الشرع للإثبات فكل ما كان أكثر إثباتاً كان أولى **(ولا تعارض في الزيادة)** لأن البينة المثبتة للأقل لا تتعرض للزيادة، فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض، كذا في غاية البيان. قال تاج الشريعة: فإن قلت: البينة التي تثبت الأقل تنفي الزيادة لأنها تثبت أن كل الثمن هذا القدر. قلت: المثبتة للزيادة تثبتها قصداً وتلك لا تنفيها قصداً فكانت الأولى أولى لما قامت بينهما معارضة انتهى. أقول: جوابه هذا وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أنه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف، فإن المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة، والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتأمل **(ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً)** بأن قال البائع مثلاً بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين ديناراً وأقاما بينة **(فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات)** فالجارية والعبد جميعاً للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور. وقيل: هذا قول أبي حنيفة آخراً، وكان يقول أولاً وهو قول زفر: يقضي للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً. ونظير هذه المسألة في الإجارات،

باب التحالف

راعى الترتيب الطبيعي فأخّر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع **(إذا اختلف المتبايعان في البيع)** فادعى المشتري أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع بأن المبيع كرّ من حنطة وقال المشتري هو كرّان، فمن أقام البينة قضى له بها، لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها لأنها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى، لأن البينات للإثبات ولا تعارض بينهما في

باب التحالف

قال المصنف: **(لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى)** أقول: ولو ظاهراً فلا يخالف ما سيجيء بعد أسطر، لأن المشتري لا يدعي شيئاً الخ، إذ المراد لا يدعي ادعاء معنوياً وبه يندفع ما عسى يقال كيف تقبل بينة المشتري بعد القبض وهو ليس بمدع والبينة على المدعي، فإنه إذا أريد أنه ليس بمدع حقيقة فمسلم ولا يفيد لأنه تسمع بينة المدعي صورة كما إذا ادعى المودع رد الوديعة، وإن أريد أنه ليس بمدع أصلاً ولو صورة فغير مسلم كما لا يخفى قال المصنف: **(ولا تعارض في الزيادة)** أقول: فيه شيء جوابه لا يخفى.

كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع) نظراً إلى زيادة الإثبات. **(وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادّعاه البائع وإلا فسخنا البيع، وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع)** لأن المقصود قطع المنازعة، وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان به **(فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى**

كذا في الشروح. ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً: أي في قدرهما على ما ذكرنا في صورة المسألة. وأما إذا اختلفا في جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله؛ كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة يلزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشتري. لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما، وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول، ولأنه يثبت ببينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبينات للإثبات لا للنفي، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط. أقول: في التعليل الثاني بحث، أما أولاً فبالمعارضة فإن المشتري يثبت ببينته الحق للبائع في مائة دينار والبائع ينفي ذلك، والبينات للإثبات لا للنفي فينبغي أن تقبل بينة المشتري دون البائع. وأما ثانياً فبالنقض، فإنه لو سلم هذا التعليل لأفاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده بإقامة البينة أيضاً، إذ حينئذ ينفي المشتري أيضاً ببينته حق البائع فيما ادعاه، والبينات للإثبات لا للنفي مع أن المسألة على أنه إذا أقام أحدهما البينة قضى له بها قطعاً. وأما ثالثاً فبالمنع، فإنا لا نسلم أن المشتري ينفي ببينته ما يثبته البائع بل هو يثبت بها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار ويسكت عما يثبته البائع وهو كون حقه في العبد، فإن حصل مما يثبته المشتري نفي ما يثبته البائع فإنما هو بالتبع والتضمن لا بالأصالة والقصد، وذلك لا ينافي كون وضع البينات للإثبات دون النفي **(وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري)** أي يقول الحاكم للمشتري **(إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع، وقيل للبائع)** أي ويقول للبائع **(إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع، لأن المقصود)** أي المقصود من شرع الأسباب **(قطع المنازعة)** ودفع الخصومة **(وهذا جهة فيه)** أي القول المذكور للبائع وللمشتري جهة في قطع المنازعة **(لأنه ربما لا يرضيان)** أي المتبايعان **(بالفسخ فإذا علما به)** أي بالفسخ **(يتراضيان به)** أي بمدعي كل واحد منهما. أقول: لقائل أن يقول: كما أن ما ذكر جهة في قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بأن يقال للبائع إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه المشتري وإلا فسخنا البيع، وأن يقال للمشتري إما أن تقبل ما اعترف به البائع من المبيع وإلا فسخنا البيع. وبالجملة أن قطع المنازعة كما يمكن بأن يكلف مدعي الأقل بالرضا بالأكثر يمكن أيضاً بعكسه، وهو أن يكلف مدعي الأكثر بالرضا بالأقل، فما الرجحان في اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتأمل **(فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر)** قال صاحب النهاية في شرح

الزيادة فمثبتها كان أكثر إثباتاً، ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين ديناراً وأقام بينة فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات وهما جميعاً للمشتري بمائة دينار. وقيل هذا قول أبي حنيفة آخراً، وكان يقول أولاً وهو قول زفر: يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً، وإن كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فهي لمن الاتفاق على قوله وهو البائع، لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما، وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول، وإن لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع وإلا فسخنا البيع، ويقول البائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع،

قال المصنف: **(وإن لم يكن لكل واحد منهما)** أقول: الأظهر حذف كلمة كل كما لا يخفى **(قال المصنف: وهذه جهة فيه)** أقول: أنث اسم الإشارة باعتبار الخبر أو على تأويل القول بالمقالة.

الآخر) وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس، لأن البائع يدّعي زيادة الثمن والمشتري ينكره، والمشتري يدّعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره، فكل واحد منهما منكر فيحلف؛ فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه،

قول المصنف فإن لم يتراضيا: أي بأن يعطي كل واحد ما يدعي صاحبه انتهى. أقول: فيه قصور، لأن هذا لا يتصوّر إلا في الصورة الثالثة من الصور الثلاث المذكورة، وهي ما إذا اختلفا في الثمن والمبيع جميعاً دون الصورتين الأخريين، إذ قد مرّ في الكتاب أن صورة الاختلاف في الثمن أن يدعي أحدهما ثمناً ويدعي الآخر أكثر منه، وأن صورة الاختلاف في المبيع أن يدعي أحدهما قدراً من المبيع ويدعي الآخر أكثر منه، فلو أعطى كل واحد ما يدعي صاحبه في هاتين الصورتين لزم إعطاء الثمنين معاً أو إعطاء المبيعين معاً وهذا خلف. ولا يخفى أن ما ذكره المصنف هاهنا حكم عام للصور الثلاث جميعاً فلا يناسبه التفسير المزبور. وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام: أي إن لم يتراض البائع والمشتري: يعني لم يرض البائع بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى. أقول: وفيه أيضاً قصور، لأن هذا أيضاً لا يجري إلا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلاث كما لا يخفى على ذي مسكة، فلا يناسب ما ذكره المصنف هاهنا من الحكم العام للصور الثلاث كلها. وأما سائر الشرّاح فلم يتعرّضوا هاهنا للشرح والبيان. فالحق عندي في شرح المقام أن يقال: أي إن لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما في الصورة الأولى والصورة الثانية، أو مما يدعيه كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، فحينئذ يجري معنى الكلام وفحوى المقام في كل صورة كما ترى **(وهذا التحالف قبل القبض)** أي قبل قبض المشتري السلعة، كذا في العناية ومعراج الدراية **(على وفاق القياس لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره)** أي ينكر ما ادعاه البائع **(والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف)** لأن اليمين على المنكر بالحديث المشهور[1] **(فأما بعد القبض فمخالف للقياس، لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه)** أي كان القياس أن يكتفي بحلفه. فإن قلت: إذا لم يدع المشتري شيئاً فيما بعد القبض ينبغي أن لا تقبل بينته في هذه الصورة إذا أقامها، لأن البينة للمدعي مع أنه قال فيما قبل فأقام أحدهما البينة قضى له بها. قلت: المراد أن

لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه، لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ، فإذا علما به يتراضيان، فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس، لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره، فكل منهما منكر واليمين على من أنكر بالحديث المشهور فيحلفان، أما بعد القبض فعلى خلاف القياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً، لأن المبيع سالم له في يده، فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» ولقائل أن يقول: هذا الحديث مخالف للمشهور، فإن لم يكن مشهوراً فهو مرجوح، وإن كان فكذلك لعموم المشهور، أو يتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وأبي يوسف آخراً ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال أبو يوسف إنه يبدأ بيمين البائع لأن المشتري أشدهما إنكاراً

قال المصنف: **(لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره)** أقول: ذكر الضمير الراجع إلى الزيادة لاكتسابه التذكير من المضاف إليه أو لوجوه أخرى.

---

(١) صحيح. وقد تقدم تخريجه قبل قليل.

لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» **(ويبتدىء بيمين المشتري)** وهذا قول محمد وأبي يوسف آخراً، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو الصحيح لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أوّلاً بالثمن ولأنه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن، ولو بدىء بيمين البائع

المشتري لا يدعي شيئاً ادعاء معنوياً فيما بعد القبض، وهذا لا ينافي أن يكون المشتري مدعياً ادعاء صوريا في هذه الصورة، وبينة المدعي صورة تسمع على ما صرحوا به كما إذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر. لا يقال: إن كان المشتري مدعياً صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكراً لما ادعاه صورة فيصير التحالف هاهنا أيضاً موافقاً للقياس. لأنا نقول: لم يقل أحد بتحليف المنكر الصوري، بل إنما اليمين إيذاء على المنكر الحقيقي، بخلاف المدعي الصوري فإن البينة تسمع منه على ما ذكروا. ولك أن تقول في الجواب عن أصل السؤال أن المشتري لا يدعي شيئاً فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعياً، وهذا أي قبول البينة من غير المدعي لدفع اليمين كثير في مسائل الفقه يعرفه من يتتبع الكتب، وهذا الوجه من الجواب هو الأوفق لما رأيناه حقاً في شرح مراد المصنف من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر. أقول: بقي هاهنا شيء، وهو أنه إن أراد المصنف بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الإشارة إلى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلاث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لأن البائع يدعي زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الركاكة لفظاً ومعنى. أما الأول فلأن تلك الصورة أبعد الصور المذكورة، فالإشارة إلى ما فيها بلفظ القريب بعيد. وأما الثاني فلأن الأصل المذكور: أعني كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة، بل هو جار أيضاً في صورة الاختلاف في المبيع، فإن المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره، والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف. وأما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي على البائع شيئاً لأن الثمن سالم له. بقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفي بحلفه، ولقد أفصح الإمام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصورة حيث قال في التبيين: وهذا إذا كان قبل قبض أحد البدلين فظاهر وهو قياس، وإن كان بعده فمخالف للقياس لأن القابض منهما لا يدعي شيئاً على صاحبه، وإنما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى. فإذا لم يكن الأصل المذكور مخصوصاً بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الإشارة إلى ما فيها وجه، وإن أراد بها الإشارة إلى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركاكة لفظاً ومعنى أيضاً. أما الأوّل فلأن لفظ هذا يصير حينئذ زائداً، لا موقع له في الظاهر. وأما الثاني: فلأن الدليل الذي ذكره بقوله لأن البائع يدعي زيادة الثمن الخ يصير حينئذ أخص من المدعي. ثم اعلم أن صاحب الكافي وكثيراً من الثقات تركوا كلمة هذا في بيان الأصل المذكور، ولكنهم ذكروا أيضاً في دليل مخالفة القياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط، ويمكن توجيه الكل بعناية فتأمل **(ولكنا عرفناه بالنص)** استدراك من قوله فيكتفي بحلفه. يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض أن يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف بالنص **(وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة**

لكونه أول من يطالب بالثمن فهو البادي بالإنكار، وهذا يدل على تقدم الإنكار دون شدته، ولعله أراد بالشدة التقدم وهو الأنسب بالمقام، لأنه لما تقدم في الإنكار تقدم في الذي يترتب عليه، أو لأن فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو إلزام الثمن، ولو بدىء بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع إلى زمن استيفاء الثمن. وكان أبو يوسف يقول أوّلاً يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وأبو الحسن في جامعه أنه رواية عن أبي حنيفة، وهو قول زفر لقوله عليه الصلاة والسلام **(إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع)** ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام خصّه بالذكر، وأقل فائدته التقديم: يعني أنه عليه

تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن. وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أوّلاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع» خصه بالذكر، وأقل فائدته التقديم **(وإن كان بيع**

قائمة بعينها تحالفاً وترادّاً)[1]. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: هذا الحديث مخالف للمشهور، فإن لم يكن مشهوراً فهو مرجوح، وإن كان كذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح انتهى. أقول: في الجواب عنه قد تقرّر في كتب الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص، فحينئذ يكون هذا الحديث راجحاً على الحديث المشهور، لأن هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعي أيضاً فيما نحن فيه. وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعي مطلقاً، بل إنما يدل عليه بإشارته حيث يفهم من تقسيم الحجتين للخصمين أو من جعل جنس الأيمان على المنكرين كما بين فيما مرّ فهو إذن مرجوع **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ويبتدىء)** أي القاضي **(بيمين المشتري)** قال المصنف **(وهذا قول محمد وأبي يوسف آخراً ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح)** احترازاً عن القول الأول لأبي يوسف كما سيجيء **(لأن المشتري أشدهما إنكارَ لأنه يطالب أولاً بالثمن)** فهو البادىء بالإنكار. قال صاحب العناية: وهذا يدل على تقدم الإنكار دون شدته، ولعله أراد بالشدة التقدم وهو أنسب بالمقام، لأنه لما تقدم في الإنكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الظاهر أن مدار ما ذكره

الصلاة والسلام جعل القول قوله، وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه، لكن لا يكتفي بها فلا أقل من البداءة بها، وإن كان العقد مقابضة أو صرفا يبدأ القاضي بأيهما شاء لاستوائهما. قال: **(وصفة اليمين الخ)** ذكر في الأصل صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين. وقال في الزيادات: يحلف البائع بالله ما باعه بألف ولقد باعه

قوله: **(هذا الحديث مخالف للمشهور الخ)** أقول: قال في النهاية: والحديث صحيح مشهور قوله: **(لعموم المشهور)** أقول: فيطلب المخلص ويجمع بينهما ما أمكن على ما بين في الأصول، وذلك بحمل المشهور على ما عدا اختلاف المتبايعين قوله: **(أو يتعارضان ولا ترجيح)** أقول: فهو معمول به قطعاً فيما عدا محل النزاع، وهذا الحديث ليس كذلك قال المصنف: **(وكان أبو يوسف، إلى قوله: تقديمه)** أقول: وقد مر قبيل فصل التوكيل بشراء نفس العهد ما يمكن أن يكون جواباً عن التمسك بهذا الحديث.

---

(١) ضعيف بهذا اللفظ: أخرجه أبو داود ٣٥٥١ والترمذي ١٢٧٠ والنسائي ٧/ ٣٠٢ وابن ماجة ٢١٨٦ والدارمي ٢/ ٢٥٠ وأبو يعلى ٤٩٨٤ والبغوي ٢١٢٣ والدارقطني ٣/ ٢٠، ٢١ والبيهقي ٥/ ٣٣٢، ٣٣٣ وأحمد ١/ ٤٦٦ والحاكم ٢/ ٤٥. كلهم من حديث ابن مسعود.

ولفظ أبي داود: «إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما بينة فالقول ما يقول رب السلعة أو يتاركان» ولفظ الترمذي: «إذا اختلف البيعان، فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار» وقال الترمذي: حديث مرسل، فإن ابن عون لم يدرك ابن مسعود.

ولفظ النسائي: «حضرت أبا عبيدة بن عبد الله بن مسعود وقد أتاه رجلان تبايعا سلعة، فقال أحدهما: أخذتها بكذا، وقال هذا: بعتها بكذا، فقال أبو عبيدة: أتي ابن مسعود في مثل هذا، فقال: حضرت رسول الله ﷺ، وقد أتي في مثل هذا، فأمر البائع أن يستحلف، ثم يختار المبتاع، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك» اهـ.

قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه اهـ. وفي رواية أبي داود، قال ابن القطان: وفيه انقطاع بين محمد بن الأشعث وابن مسعود ومع الانقطاع فعبد الرحمن بن قيس مجهول الحال وكذلك أبو قيس وكذلك جده محمد إلا أنه أشهرهم وهو أبو القاسم بن الأشعث عداده في الكوفيين روى عنه مجاهد، والشعبي، والزهري، وعمر بن قيس الماصر، وسليمان بن يسار، وروى عن عائشة وأما روايته عن ابن مسعود فمنقطعة. وفي رواية النسائي. قال صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي.: وقع عبد الملك بن عبيد وهو لا يعرف، وفي رواية أحمد عبد الملك بن عمير وكأنه وهم.

وقال المنذري في مختصره: وقد روي هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود كلها لا تثبت وقد وقع في بعضها: «إذا اختلف البيعان، والمبيع قائم بعينه» وفي لفظ: «والسلعة قائمة» وهو لا يصح فإنها في رواية ابن أبي ليلى، وهو ضعيف، وقيل: إنه من قول بعض الرواة والله أعلم.

وقال البيهقي في المعرفة: وأصح إسناد روي في هذا الباب رواية أبي العميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده، وليس فيه: «والمبيع قائم بعينه».

عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين أيهما شاء) لاستوائهما **(وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين)** وقال في الزيادات: يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف

المصنف على كون البادي أظلم لكونه منشأ للثاني أيضاً فيكون أشد كما يكون أقدم، ويجوز أيضاً أن يكون مداره على أن المشتري لما كان مطالباً أوّلاً بالثمن كان منكراً للشيئين أصل الوجوب ووجوب الأداء في الحال فكان أشد إنكاراً، وعند هذين المحملين الصحيحين لإجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الأشد على الأقدم تجوّزاً مع عدم ظهور العلاقة بينهما **(ولأنه يتعجل فائدة النكول)** أي بالابتداء بيمين المشتري **(وهو)** أي فائدة النكول إلزام الثمن ذكر الضمير الراجع إلى الفائدة، إما باعتبار الخبر وهو **(إلزام الثمن)** أو بتأويل الفائدة بالنفع **(ولو بدىء بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن)** لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن لأنه يقال له أمسك المبيع إلى أن تستوفي الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته أولى، كذا في الكافي **(وكان أبو يوسف يقول أوّلاً: يبدأ بيمين البائع)** وذكر في المنتقي وفي جامع أبي الحسن أنه رواية عن أبي حنيفة وهو قول زفر، كذا في العناية وغيرها **(لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قالها البائع»)**[2] وجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام **(خصه بالذكر)** أي خص البائع بالذكر حيث قال: فالقول ما قاله البائع **(وأقل فائدته)** أي فائدة التخصيص **(التقديم)** يعني أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع، وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه، فإذا كان لا يكتفي بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه. وفي غاية البيان قال في شرح الأقطع جواباً عن هذا الحديث: إنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»[3] فسكت ﷺ عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى. أقول: فيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»[4] كما أنه دليل في حق المشتري دليل أيضاً في حق البائع، فإنه قد مرّ أن كل واحد منهما ينكر في كل واحدة من الصور الثلاث المذكورة فيما إذا اختلفا قبل القبض وفيما إذا اختلفا بعد القبض. ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشتري، وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع، فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج تحت قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على من أنكر»[5] في أكثر

بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف، يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان وضعت للنفي كالبينات للإثبات، دل على ذلك حديث القسامة «بالله تعالى ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً» وفيه نظر لأن ذلك لا ينافي التأكيد، فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما إذا طلباه أو طلب أحدهما، لأن الفسخ حقهما فلا بد من الطلب، وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف، بل لا بد من الفسخ، لأنه لما لم يثبت مدعي كل منهما بقي بيعاً مجهولاً فيفسخه الحاكم قطعاً للمنازعة. أو يقال: إذا لم يثبت البدل بقي بيعاً بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائماً قال في المبسوط: حل للمشتري وطء الجارية إذا كانت المبيعة، وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلاً لصحة البذل في الأعواض، وإذا كان باذلاً لم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض. قال: **(وإذا اختلفا في الأجل الخ)** وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع. وقال زفر والشافعي: يتحالفان لأن الأجل جاري مجرى الوصف، فإن

---

(١) هو المتقدم.
(٢) تقدم في أوائل كتاب الدعوى.
(٣) تقدم مراراً.
(٤) تقدم مراراً.
(٥) تقدم مراراً.

المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت، دل عليه حديث القسامة «بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً». قال: **(فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما)** وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة. أو يقال إذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد. قال: **(وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر)** لأنه جعل باذلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته. قال: **(وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما)** لأن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به، فأشبه الاختلاف في الحطّ والإبراء، وهذا لأن

الصور، وعدم الاندراج تحته في بعض الصور، فلا فرق بينهما في إشكال اليمين وعدم إشكالها، وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور. ثم إن هذا الذي ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح، أو بيمين البائع على القول الآخر إذا كان البيع بيع عين بثمن **(وإن كان بيع عين بعين)** وهو المسمى بالمقايضة **(أو ثمن بثمن)** أي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف **(بدأ القاضي بيمين أيهما شاء)** من البائع والمشتري **(لاستوائهما)** أي في الإنكار وفي فائدة النكول **(وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين)** كذا ذكره في الأصل **(وقال في الزيادات: يحلف)** أي البائع **(بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف بضم الإثبات إلى النفي تأكيداً)** قال المصنف **(والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت)** أي على النفي وضعت لا على الإثبات. كذا في النهاية ومعراج الدراية **(دلّ عليه حديث القسامة «بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً»)**[1] وقال صاحب العناية: وفيه نظر، لأن ذلك لا ينافي التأكيد انتهى. أقول: بل ينافيه، لأن وضع الأيمان لما كان مقصوراً على النفي كما يرشد إليه تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت، بتقديم على ذلك على وضعت دون تأخيره عنه على ما هو حقه إفادة لقصر وضعها على النفي المشار إليه بذلك لم يجز إدراج الإثبات في اليمين ولو بطريق التأكيد، وإلا يلزم الظلم للمنكر بإلزام الزائد على ما يجب عليه شرعاً، إذ لا شك أن الذي يجب عليه شرعاً ويكون حقاً للمدعي إنما هو الإتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الإثبات، فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكر. ولبعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الذيل، جلها بل كلها مدخول ومجروح، تركنا ذكرها وردها مخافة التطويل بلا طائل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما)** أي إن طلبا أو طلب أحدهما، كذا في الكافي والشروح. قال المصنف **(وهذا)** أي الذي ذكره القدوري **(يدل على أنه)** أي البيع **(لا ينفسخ بنفس التحالف)** وقال في غاية البيان: وبه صرح في كتاب الاستحلاف لأبي حازم القاضي حيث قال: إذا تحالف فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى. وقال في الكافي: وقيل ينفسخ بنفس التحالف، والصحيح هو الأول انتهى **(لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقي بيع مجهول)** أي بقي بيعاً بثمن مجهول، كذا في الكافي والكفاية. أقول: هذا لا يتم في صورة كون الاختلاف في المبيع دون الثمن، فالأولى أن يكون مراد المصنف أعم من ذلك: أي يقي بيع المجهول إما بجهالة المبيع فيما إذا اختلفا في

الثمن يزداد عند زيادة الأجل، والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا. ولنا أن هذا الاختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به، والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف، وهذا لأن التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والأجل وراء ذلك، كشرط الخيار في أن العقد بعدمهما لا يتخل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار

---

(١) يأتي في القسامة، وهو صحيح. اختصره المصنف.

بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف، ولا كذلك الأجل

المبيع، وإما بجهالة الثمن فيما إذا اختلفا في الثمن، وإما بجهالة المبيع والثمن معاً فيما إذا اختلفا فيهما **(فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة)** بينهما **(أو يقال: إذا لم يثبت البدل)** للتعارض بين قوليهما **(يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد، ولا بد من الفسخ في فاسد البيع)** أي البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد أن يقوم القاضي مقامهما. وفي المبسوط: حلّ للمشتري وطء الجارية إذا كانت المبيعة، فلو فسخ البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطؤها، كذا في الشروح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه)** أي الناكل **(جعل باذلاً)** لصحة البذل في الأعواض **(فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته)** أي بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة. أقول: في تقرير المصنف شيء، وهو أنه ساق الدليل على أصل أبي حنيفة فقط حيث قال: وجعل باذلاً، والنكول عندهما إقرار لا بذل كما مر، فلا يتمشى ما ذكره على أصلهما مع أن مسألتنا هذه اتفاقية بين أئمتنا، فكان الأحسن أن يقول: لأنه صار مقراً بما يدعيه الآخر أو باذلاً كما قال صاحب الكافي والإمام الزيلعي. ثم اعلم أن الإمام الزيلعي زاد في شرح هذا المقام من الكنز قيداً آخر حيث قال فلزمه إذا اتصل به القضاء. وقال وهو المراد بقول المصنف لزمه دعوى الآخر، لأنه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئاً، أما على اعتبار البذل فظاهر، وأما على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجباً بانفراده انتهى **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن اختلفا في الأجل)** أي في أصله أو قدره، كذا في الشروح **(أو في شرط الخيار)** أي في أصله أو قدره أيضاً. كذا في معراج الدراية وغاية البيان **(أو في استيفاء بعض الثمن)** وكذا الحكم فيما إذا اختلفا في استيفاء كل الثمن، لكن لم يذكره المصنف لأن ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار بمنزلة سائر الدعاوى، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(فلا تحالف بينهما)** عندنا، وبه قال أحمد، وقال زفر والشافعي ومالك: يتحالفان، ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالإجماع، كذا في معراج الدراية. ثم إن القول في مسائل الكتاب لمنكر الأجل ولمنكر شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء، وفي مسألة الاختلاف في أصل المبيع لمنكر العقد ذكر كلها هاهنا في الكافي وسيجيء بعضها في الكتاب. قال صاحب العناية: وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى. وقال بعض الفضلاء: هذا ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول

كالاختلاف في الحط والإبراء عن الثمن، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن بالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف، لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن لكونه ديناً وهو يعرف بالوصف، بخلاف الأجل فإنه ليس بوصف؛ ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط، وإذا لم يكونا وصفين ولا راجعين إليه كانا عارضين بواسطة الشرط، والقول لمن ينكر العوارض، والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لأن بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد لبقاء ما يحصل ثمناً، ولو اختلفا في

قوله: **(وفي نظر لأن ذلك لا ينافي التأكيد)** أقول: والجواب أن أحوج الأشياء إلى التوكيد أمر الدم لعظم موقعه وعلو قدره، فإذا اقتصر في التحليف به على النفي دل على ما ذكره دلالة واضحة، ولو سلم فقول المصنف: والأصح دون والصحيح للإشارة إليه فليتأمل، فإنه يجوز أن يقال قوله ذلك إشارة إلى قوله لأن الأيمان وضعت للنفي الخ، فإن الوضع للنفي لا ينافي التأكيد بالإثبات، كما أن الوضع للإثبات لا ينافي التأكيد بالنفي، فإنه يقول الشاهد أشهد أن فلاناً مات وهذا وارثه ولا نعلم له وارثاً غيره، كذا في شرح الإتقاني، وفيه نظر، فإن تعرضه لحديث القسامة وعدم الاكتفاء بالقياس على البينات بدفع هذا الكلام مع أن قولهم لا نعلم له وارثاً غيره في معنى الإثبات حيث يثبت به استحقاق المشهود له لجميع التركة قوله: **(وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره)** أقول: الضمير في أصله وفي قدره راجع إلى الأجل قوله: **(والقول قول البائع)** أقول: ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول المشتري إذا كان منكراً كما إذا كان مدعي الخيار هو البائع قوله: **(فإن الثمن يزداد عند زيادة الأجل الخ)** أقول: فيصير الأجل كالرداءة حيث يزيد عدد الثمن بها فلا يرد أن الأجل على ما ذكره يكون كالقدر.

لأنه ليس بوصف؛ ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه **(والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه)** لأنهما يثبتان

المشتري إذا كان منكراً كما إذا كان مدعي الخيار هو البائع انتهى. أقول: هذا ظاهر، ولكن الغالب أن صاحب العناية سلك هاهنا مسلك التغليب اعتماداً على ظهور هذه الصورة. قال المصنف في تعليل المسائل المذكورة **(لأن هذا)** أي الاختلاف في الأجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن **(اختلاف في غير المعقود عليه)** وهو المبيع **(والمعقود به)** وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لأن التحالف عرف بالنص، والنص إنما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد، إذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين، وهو اسم مشتق من المبيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع، والبيع إنما يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن، وكأنه قيل: إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو في الثمن تحالفا، فالاختلاف فيما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به، هذا زبدة ما في الشروح والكافي هاهنا **(فأشبه الاختلاف في الحطّ)** أي في الحط من الثمن **(والإبراء)** أي الإبراء عن الثمن، ولا تحالف في الاختلاف فيهما، بل القول قول من أنكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الأمور المذكورة **(وهذا)** أي كون الاختلاف في الأمور المذكورة اختلافاً في غير المعقود عليه والمعقود به. ويجوز أن يشار به إلى الأقرب: أي شبه الاختلاف في الأمور المذكورة للاختلاف في الحط والإبراء **(لأن بانعدامه)** أي بانعدام ما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن **(لا يختلّ ما به قوام العقد)** لأن العقد بلا شرط وأجل جائز، فإذا اختلفا في الشرط أو في الأجل وحالفا بقي العقد بلا شرط وأجل وأنه لا يوجب الفساد. وأما إذا اختلف في الثمن أو المثمن وحالفا لم يثبت ما ادعاه أحدهما فيبقى الثمن أو المثمن مجهولاً، وذلك يوجب الفساد. ووجه آخر وهو أن الاختلاف في الثمن أو المثمن يوجب الاختلاف في العقد؛ ألا يرى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل، وإذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعياً ومنكراً. أما الاختلاف في الشرط والأجل فلا يوجب الاختلاف في العقد؛ ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بألف إلى شهر وشهد الآخر أنه باعه بألف يقضي بالعقد بألف حالة، وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة، كذا في النهاية نقلاً عن جامع الإمام قاضيخان **(بخلاف الاختلاف في وصف الثمن)** كالجودة والرداءة **(أو جنسه)** كالدراهم والدنانير **(حيث يكون)** الاختلاف فيهما **(بمنزلة الاختلاف في القدر)** أي في قدر الثمن **(في جريان التحالف لأن ذلك)** أي الاختلاف في وصف الثمن **(يرجع إلى نفس الثمن)** أي إلى الاختلاف في نفس الثمن **(فإن الثمن دين وهو)** أي الدين **(يعرف بالوصف)** فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافهما في المعرف وهو الثمن **(ولا كذلك الأجل)** أي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن **(لأنه)** أي الأجل **(ليس بوصف)** بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط، ونوّر هذا بقوله **(ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه)**

استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك، لكنه لم يذكره لكونه مفروغاً عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى. وإذا اختلفا في مضي الأجل فالقول للمشتري، لأن الأجل حقه وهو ينكر استيفاءه. قال: **(فإن هلك المبيع ثم اختلفا الخ)** فإن هلك المبيع في يد المشتري أو خرج عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والقول قول المشتري. وقال محمد والشافعي: يتحالفان، ويفسخ البيع على قيمة الهالك لأن الدلائل الدالة على التحالف لا تفصل بين كون السلعة قائمة أو هالكة، أما الدليل النقلي فهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وترادّا» ولا

قوله: (فيما يتم به العقد) أقول: يدل عليه عنوان المتبايعين قوله: **(والوصف لا يفارق الموصوف)** أقول: مبني على الفرق بين الوصف والعارض.

بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض. قال **(فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري وقال محمد رحمه الله: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك)** وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على ردّه بالعيب. لهما أن كل واحد منهما

أي بعد مضيّ الأجل ولو كان وصفاً لتبعه كذا في الكافي. قال في معراج الدراية: كذا قيل وفيه نوع تأمل انتهى **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما)** أي الخيار والأجل **(يثبتان بعارض الشرط)** أي بشرط عارض على أصل العقد **(والقول لمنكر العوارض)** والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك، لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمناً، كذا في العناية **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن هلك المبيع ثم اختلفا)** أي فإن هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن، كذا في الشروح، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط **(لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري)** أي مع يمينه **(وقال محمد: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي، وعلى هذا)** أي على هذا الخلاف **(إذا خرج المبيع عن ملكه)** أي ملك المشتري **(أو صار)** أي المبيع **(بحال لا يقدر)** أي المشتري **(على رده بالعيب)** بحدوث عيب في يده **(لهما)** أي لمحمد والشافعي رحمهما الله **(أن كل واحد منهما)** أي من البائع والمشتري **(يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره)** فإن البيع بألف غير البيع بألفين؛ ألا يرى أن شاهدي البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة **(وأنه يفيد دفع زيادة الثمن)** اعلم أن حلّ هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب، ولهذا كان للشراح هاهنا طرائق قدداً ولم يأت أحد منهم بما يشفي الغليل. فقال صاحب النهاية: أي وأن التحالف يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف، فإن فائدة اليمين النكول، وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: ما فائدة التحليف على قول محمد بعد الهلاك مع عدم حكمه فإن حكم التحالف الترادّ وامتنع الترادّ بالهلاك فلا فائدة في التحالف. فأجاب عنه وقال: بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان. فإن قيل: هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ فما فائدة تحليف البائع؟ قلنا: لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري، فإن المشتري إذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع، والبائع إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع عليه من الزيادة فيتحالفان، إلى هنا كلامه. وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحالّ. أقول: فيه بحث، أما أوّلاً فلأنه لما فسر الدفع الواقع في كلام المصنف بالإعطاء على البائع أن يكون من دفع إليه لا من دفع عنه حيث قال: أي وإن التحالف يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المصنف أن فائدة التحالف عند محمد هي إعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري اتجه عليه السؤال الذي

يعارضه ما في الحديث الآخر من قوله «والسلعة قائمة» لأنه مذكور على سبيل التنبيه: أي تحالفاً وإن كانت السلعة قائمة، فإن عند ذلك تمييز الصادق من الكاذب، فتحكيم قيمة السلعة في الحال متأتّ، ولا كذلك بعد الهلاك، فإذا جرى التحالف مع إمكان التمييز فمع عدمه أولى. وأما العقليّ فما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما يدعي عقداً غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة. فإن قيل: هذا قياس فاسد لأنه حال قيامها يفيد الترادّ ولا فائدة له بعد الهلاك. أجاب بقوله: **(فإنه)** يعني التحالف **(يفيد دفع زيادة الثمن)** يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي

قوله: **(والحكم باستيفاء)** أقول: الظاهر في استيفاء قوله: **(بعض الثمن كذلك لأن بانعدامه الخ)** أقول: الضمير في قوله بانعدامه راجع إلى بعض الثمن قوله: **(لبقاء ما يحصل ثمناً الخ)** أقول: فيه شيء يجوز دفعه بإرجاع ضمير انعدامه إلى الاستيفاء قوله: **(ثم اختلفا لم يتحالفا)** أقول: يعني ثم اختلفا في قدر الثمن قوله: **(يفيد دفع زيادة الثمن الخ)** أقول: فإن قيل: دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس إلا قلنا: إذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة ويدفع الزيادة المدعاة قوله: **(بالنكول)** أقول: أي بنكول المشتري، وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن قوله: **(وإذا حلف البائع)** أقول: يعني بعد حلف المشتري.

يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان؛ كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لأنه

ذكره بقوله: فإن قيل بالضرورة، ولم يدفعه ما ذكره جواباً عنه أصلاً؛ لأنه إن أراد أنه لا تحصل تمام الفائدة التي حمل عليه مراد المصنف هاهنا بتحليف المشتري فليس بصحيح، إذ لا شك أنه إذا حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه إعطاؤه زيادة الثمن التي يدعيها البائع، وإن أراد أنه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشتري فلا يفيد شيئاً في دفع السؤال لأن مورده ما حمل عليه مراد المصنف هاهنا. وأما ثانياً: فلأنه إن أراد بقوله في الجواب والبائع إذا نكل الخ أنه إذا نكل بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح، إذ قد تقرّر فيما مرّ أنه إذا نكل أحد المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الآخر، فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصوّر نكوله، وإن أراد به أنه إذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة يتجه عليه أن في هذه الصورة يندفع عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تأثير فيه لنكول البائع. وأيضاً يتجه على مجموع الجواب أن الأمر الثاني وهو اندفاع الزيادة عن المشتري يحصل بتحليف المشتري إن حلف، كما أن الأمر الأول وهو وجوب إعطاء الزيادة على المشتري يحصل بتحليفه إن نكل، فتمام الفائدة الذي ذكره وهو أحد الأمرين لا بعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم تظهر فائدة تحليف البائع قط. وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة: يعني أن التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيداً انتهى. أقول: فيه أيضاً بحث، لأنهما حملا الدفع الواقع في كلام المصنف على معنى المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى، واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع، فيتجه على ما ذهبا إليه أن نكول البائع إنما يتصوّر بعد حلف المشتري لا بعد نكوله لما بيناه آنفاً، وعند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة: أعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك. وقال صاحب العناية: وإنه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن: يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول، وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيداً انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث لأنه جعل الدفع الواقع في كلام المصنف من دفع عنه كما ترى، فالظاهر أن قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشتري، وأن مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري، لأن الذي يقتضي دفع زيادة الثمن عن المشتري إنما هو نكول البائع، وأما نكول المشتري فيقتضي دفعه زيادة الثمن بمعنى إعطائه إياها فإذا يؤول قوله: يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول إلى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مرّ فيردّ عليه ما يرد على ذلك ويزداد إشكال قوله وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة، لأن مدلوله أن يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع، ومدلول قوله السابق أن يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم أن يتحد حلف البائع ونكوله حكماً وهذا ظاهر الفساد. فإن قلت: يجوز أن يكون معنى قوله اللاحق وإذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بأن يفسخ البيع على قيمة الهالك، ومعنى قوله السابق إذا نكل البائع تندفع الزيادة المدعاة عن المشتري بأن يقضي بما ادعاه المشتري وهو أقل الثمنين لا بأن يفسخ البيع على قيمة الهالك، فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين وهو كاف. قلت: لا يتعين أن يكون قيمة الهالك أنقص مما ادعاه البائع، بل يجوز أن تكون مساوية له بل أزيد منه، فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع الزيادة المدعاة، فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما

يدعيها البائع عليه بالنكول، وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيداً، كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفاً ولزم المشتري ردّ القيمة. ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما، فإلحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين: حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع. أما

سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة، والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ، ولا كذلك بعد

ذكر. فإن قيل: يجوز أن تكون كلمة حلف في قوله وإذا حلف البائع الخ على صيغ المبني للمفعول من التفصيل، وأن يكون المعنى وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة: أي بنكول البائع لا بحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله. قلنا: فحينئذ يلزم استدراك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى. ثم إن بعض الفضلاء قصد حلّ كلام صاحب العناية هاهنا فقال في تفسير قوله بالنكول أي بنكول المشتري، وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن، وقال في تفسير قوله وإذا حلف البائع: يعني بعد حلف المشتري، وقال: فإن قيل: دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس إلا. قلنا: إذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى. أقول: جملة ما ذكره ليست بشيء، أما في تفسير قوله بالنكول بنكول المشتري وجعل قوله بالنكول متعلقاً بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلأنه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول أصلاً، لأنه إن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة: أي الثابتة في الواقع بنكول المشتري فلا وجه له لأن زيادة الثمن إن ثبتت في الواقع ثبتت بالعقد لا غير، وإن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابتة في علم القاضي بنكول المشتري فلا صحة له، لأن زيادة الثمن إذا ثبتت في علم القاضي بنكول المشتري يجب على المشتري فكيف يدفعها التحالف عنه، بل لا يتصور التحالف عند نكول المشتري أصلاً على ما مر غير مرة. وأما قوله يعني بعد حلف المشتري فلورود السؤال الذي ذكره بقوله فإن قيل الخ عليه. وأما جوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفاً من أنه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز أن تكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل أزيد منها. وقال صاحب غاية البيان: قوله وأنه يفيد دفع زيادة الثمن: أي أن دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث، لأن دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الإعطاء أو معنى المنع، وإنما الذي يفيد دفعها بنية المشتري أو حلفه إن كان المراد بالدفع معنى المنع، ونكوله إن كان المراد به معنى الإعطاء، على أن الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان فائدة تحليفه فقط، فلو كان مراد المصنف ما ذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الأفهام **(فيتحالفان)** هذا نتيجة الدليل المذكور **(كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة)** بأن ادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فإنهما يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة **(ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به)** أي بالتحالف **(في حال قيام السلعة)** وهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا»[1] فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة. فإن قيل: فليكن حال هلاك السلعة ملحقاً بحال قيام السلعة بالدلالة. أجاب بقوله: **(والتحالف فيه)** أي في حال قيام السلعة **(يفضي إلى الفسخ)** فيندفع به

الأول: فلأن قوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» يوجب اليمين على المشتري خاصة لأنه المنكر في هذه الصورة، بخلاف ما قبل القبض كما تقدم، وكذلك قوله ﷺ: «والسلعة قائمة» ولا معنى لما قيل إنه مذكور على سبيل التنبيه لأنه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد، والتأسيس أولى على أنه إما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكوراً على سبيل

قوله: **(ولأبي حنيفة وأبي يوسف، إلى قوله: بالتفريق بينهما)** أقول: أنت خبير بأن الفاصل بينهما هو القياس على ما ذكره لا الدليل النقلي.

قوله: **(وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام «والسلعة قائمة»)** أقول فيه تأمل، فإن الفصل لا يفهم إلا بطريق المفهوم وهو ليس بحجة

---

(١) تقدم في أوائل باب التحالف.

هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عيناً يتحالفان

الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه إليه **(ولا كذلك بعد هلاكها)** أي بعد هلاك السلعة **(لارتفاع العقد)** أي بالهلاك؛ ألا يرى أنه لا يفسخ بالإقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف إذ الفسخ لا يرد إلا على ما ورد عليه العقد **(فلم يكن في معناه)** أي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فبطل الإلحاق أيضاً **(ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود)** هذا جواب عن قول محمد والشافعي أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره: أي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه، سواء كان الأمر على ما زعم هو أو البائع، فلغا ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما في ألف وألفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الألف الزائد، وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لأن البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكر، والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكر، وإنكاره صحيح لأن المبيع لا يسلم للمشتري إلا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الألف وهو يكفي للصحة، كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافي. وقال صاحب العناية في تقريره: قوله ولأنه لا يبالي الخ جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلم: أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه، لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر وهاهنا ليس كذلك، لأن مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعي على البائع شيئاً ينكره ليجب عليه اليمين. ثم قال: ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعاً وهبة، فإن في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب. وأجيب عن الأول بثبوته بالنص على خلاف القياس، وعن الثاني بأنه على الاختلاف، والمذكور في بعض الكتب قول محمد انتهى **(وإنما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته)** هذا أيضاً جواب عن قولهما وإنه يفيد دفع زيادة الثمن: يعني أن المراعي من الفائدة ما يكون من موجبات العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول، وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه. هذا زيادة ما في الشروح.

الشرط. وأما الثاني: فلأن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشتري ما يدعيه، وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدّى إلى غيره. فإن قيل: فليكن ملحقاً بالدلالة. أجاب بقوله والتحالف فيه: أي في حال القيام يفضي إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما بردّ رأس ماله بعينه إليه، ولا كذلك بعد هلاكها، ألا ترى أنه لا ينفسخ بالإقالة والردّ بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل الإلحاق بالدلالة أيضاً. قوله: **(ولأنه لا يبالي)** جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة: أي سلمنا ذلك، لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر، وهاهنا ليس كذلك لأن مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه، وليس يدّعي على البائع شيئاً ينكره ليجب عليه اليمين. ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعاً وهبة، فإن في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب. وأجيب عن الأول بثبوته بالنص على

شرعية فلا يلزم من إلحاق المذكور فساد الوضع قوله: **(ولا كذلك بعد هلاكها)** أقول: لظهور أنه لا يعود إلى كل منهما رأس ماله قوله: **(أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا)** أقول: قال العلامة الزيلعي في باب المرابحة: ولا معنى لقولهما: إن كل واحد منهما يدعي عقداً غير ما يدعيه الآخر، فإن العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد؛ ألا يرى أن الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وأن المبيع بألف يصير بألفين بالزيادة في الثمن وبخمسمائة بالحط انتهى. وفيه تأمل، فإن الوكيل بالبيع بألف يجوز له البيع بألفين دلالة كما سبق تفصيله، ولا يلزم منه اتحاد اليمين قال المصنف: **(وإنما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد)** أقول: فيه تأمل قوله: **(ومعناه أن المراعي من الفائدة)** أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد أن المراعي من الفائدة التحالف لا يستقيم قوله لا يكون من موجبات العقد وهو ظاهر، وإن أراد أن المراعي من الفائدة العقد فليس الكلام فيه بل في فائدة التحالف فليتأمل. وجوابه أنا نختار الأول وعدم استقامة ذلك ممنوع قوله: **(فإنه**

لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل. قال: (وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك

واعترض عليه بعض الفضلاء بأن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف، غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى. أقول: مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم أن المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه إياه، وليس المراد به ذلك قطعاً، إذ لا شك أن الذي من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه إياه. وأما ملك البائع المبيع وقبضه إياه فمن موجبات الفسخ دون العقد، وهذا مما لا سترة به. ثم إن قوله غايته أنه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تقف. ثم إن صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال: وفيه نظر، لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد. والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى. واعترض بعض الفضلاء على الجواب بأن قال فيه تأمل فإنه قبل القبض على وفاق القياس انتهى. أقول: لم يعتبر التراد فائدة للتحالف إلا بعد القبض، إذ الردّ إنما يتصوّر بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعاً للنظر المذكور. نعم لقائل أن يقول: الظاهر أن للتحالف قبل القبض فائدة ما، فأي شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة، لأن موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعاً فينتقض به قولهم وإنما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد **(وهذا)** أي وهذا الذي ذكرناه من الاختلاف في التحالف عند صورة هلاك المبيع **(إذا كان الثمن ديناً)** أي ثابتاً في الذمة بأن كان من الدراهم أو الدنانير أو المكيلات أو الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة **(فإن كان عيناً)** أي فإن كان الثمن عيناً كالثوب والفرس ونحو ذلك بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين **(يتحالفان)** أي بالاتفاق **(لأن المبيع في أحد الجانبين قائم)** فإن كل واحد من العوضين في بيع المقايضة مبيع وثمن، ولا يتعين أحدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر في كتاب البيوع **(فتوفر فائدة الفسخ)** وهو التراد فيردّ القائم **(ثم يردّ مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل)** هذا إذا اختلفا في قدر البدل، وإن اختلفا في كون البدل ديناً أو عيناً إن ادعى المشتري أنه كان عيناً يتحالفان عندهما، وإن ادعى كالبائع أنه كان عيناً وادعى المشتري أنه كان ديناً لا يتحالفان فالقول قول المشتري، كذا في الكفاية **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن هلك أحد العبدين)** أي بعد قبضهما: كذا في الشروح **(ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك)** يعني إذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال

خلاف القياس، وعن الثاني بأنه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد. وقوله: **(وإنما يراعي)** جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن، ومعناه أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد، وما ذكرتم ليس منها فإنه من موجبات النكول، والنكول من موجبات التحالف، والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته. وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه، وفيه نظر لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف، وليس التحالف من موجبات العقد. والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس **(وهذا)** أي هذا الاختلاف **(إذا كان الثمن ديناً)** ثابتاً في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة **(فأما إذا كان عيناً)** بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين،

من موجبات النكول) أقول: لعل المراد نكول البائع لظهور أنه ليس موجب نكول المشتري لكن فيه تأمل، فإن الظاهر أنه موجب حلف المشتري وكيف يكون من موجبات النكول، فإنه إذا لم ينكل أحدهما بل حلف كل منهما يحصل دفع الزيادة المدعاة. وجوابه أنه مبني على التنزل وإرخاء العنان للخصم، لكنه قال في تقرير كلام محمد والشافعي: وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة قوله: **(والنكول من موجبات التحالف)** أقول: فيه بحث قوله: **(فلا يترك به ما هو من موجباته الخ)** أقول: فيه أن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف، غايته أن يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به قوله: **(وليس التحالف من موجبات العقد)** أقول: بل من موجباته، فإنه تبين بالتحالف فساده على ما مر في الدرس السابق وموجب العقد الفاسد الفسخ قوله: **(والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس)** أقول: فيه تأمل، فإنه قبل القبض على وفاق القياس.

من الثمن). وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحيّ ولا شيء له. وقال أبو يوسف: يتحالفان في الحيّ ويفسخ العقد في الحيّ، والقول قول المشتري في قيمة الهالك. وقال محمد: يتحالفان عليهما ويرد الحيّ وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك

المشتري اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (**وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري**) أي فيهما، كذا في كثير من الشروح (**مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحيّ ولا شيء له من قيمة الهالك**) وإنما أعاد ذكر لفظ الجامع الصغير، لأن لفظه يقتضي أن يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ القدوري الذي هو لفظ المبسوط يقتضي أن يكون المستثنى منه عدم التحالف، لأن المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا (**وقال أبو يوسف: يتحالفان في الحيّ ويفسخ العقد في الحيّ**). قال صاحب العناية: وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحيّ ليس بالصحيح على ما سيأتي انتهى. أقول: يعني أن قوله هاهنا يتحالفان في الحيّ ليس بملابس بالتفسير الصحيح للتحالف على قول أبي يوسف على ما سيأتي، وهو أن يتحالفا على القائم والهالك معاً لا أن يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم، ولكن فيه نظر، إذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سيأتي من التفسير الصحيح، فإنه لم يقل هاهنا يتحالفان على الحيّ حتى تكون كلمة على صلة التحالف فيؤول المعنى إلى التفسير الغير الصحيح، بل قال يتحالفان في الحيّ فيجوز أن تكون كلمة في بمعنى اللام ويصير المعنى يتحالفان لأجل الحيّ كما في قوله تعالى: ﴿فذلكن الذي لمتنني فيه﴾ [يوسف: ٣٢] وكما في الحديث «أن امرأة دخلت النار في هرّة حبستها»[1] على ما نص عليه في مغني اللبيب. ولا يخفى أن كون تحالفهما لأجل الحيّ: أي كون المقصود من تحالفهما فسخ العقد في الحيّ لا ينافي أن يتحالفا على الحيّ والميت معاً كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سيأتي بيانه (**والقول قول المشتري في قيمة الهالك**) هذا من تتمة قول أبي يوسف. أقول: في عبارة الكتاب هاهنا قصور، لأن قول المشتري إنما يعتبر في حصة الهالك من الثمن الذي أقرّ به المشتري كما سيجيء تفصيله، لا في قيمة الهالك فإن القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما سيأتي

فإنهما (**يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ**) وهو الترادّ (**ثم يردّ مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن**) قال: (**وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا الخ**) وإذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك (**وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحيّ ولا شيء له**) واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى. واختلف المشايخ في توجيه قوله أن يترك حصة الهالك، وقوله أن يأخذ الحي ولا شيء له. وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعاً قالوا: معنى الأول أن يخرج الهالك من العقد وكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم، والاستثناء ينصرف إلى التحالف لأنه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان، والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحيّ ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً وعلى هذا عامتهم. وقال بعضهم: معناه لم يتحالفا، والقول قول المشتري مع

قوله: (**بل بطريق تصديق المشتري في قوله**) أقول: الضمير في قوله راجع إلى المشتري قوله: (**لكان معلقاً بمشيئتهما**) أقول: فيه أن أخذ الحي يكون معلقاً بمشيئتهما البتة، وإنما الذي لا يتعلق بمشيئة المشتري أخذ ما أقر به من ثمن الهالك قوله: (**قيل والصحيح الخ**) أقول: القائل صاحب النهاية، وفي بحث لأنه يجوز أن يكون الهالك قيمته شيئاً قليلاً لصغره أو لكونه مريضاً أو متوفاً وتكثر الرغبات في

---

(١) صحيح أخرجه البخاري ٣٣١٨ و٢٣٦٥ وفي الأدب المفرد ٣٧٩ ومسلم ٢٢٤٢ والدارمي ٢/ ٣٣٠، ٣٣١ والبيهقي ٥/ ٢١٤، ٨/ ١٣ كلهم من حديث ابن عمر وصدره: «عُذِّبت امرأة في هرة...» وأخرجه مسلم ٢٦١٩ وابن ماجة ٤٤٥٦ وأحمد ٢/ ٢٦٩ كلهم من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ. وورد من حديث جابر أخرجه أحمد ٣/ ٣٣٥ وخشاش الأرض: هوامُّها، وحشراتها.

البعض أولى. ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره. ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها، ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلاً لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن

حيث قال: فإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى. وعن هذا قال صاحب الكافي: وقال أبو يوسف يتحالفان في الحيّ ويفسد العقد في الحيّ والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى **(وقال محمد: يتحالفان عليهما)** أي على الحيّ والهالك **(ويردّ الحي وقيمة الهالك، لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى)** قال صاحب العناية: والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل في المقسم عليه فلا يجوز انتهى. وردّ عليه بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه **(ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك)** أي لأجل الهالك **(فيتقدر بقدره)** أي يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لأن الحكم لا يزيد على العلة **(ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة)** يعني أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس في حال قيام السلعة **(وهي)** أي السلعة **(اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها)** لانعدام الكل بانعدام جزئه، وما يثبت على خلاف القياس لا يتعدى إلى الغير، فحصل من هذا الدليل نفي القياس. والجواب عن قول محمد رحمه الله كما لا يخفى **(ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة)** أي باعتبار القيمة كما سيأتي **(وهي)** أي القسمة **(تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز)** فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة بتمامها، فحصل من هذا الدليل نفي الدلالة. والجواب عن قول أبي يوسف كما ترى. فإن قلت: ما الفرق لأبي حنيفة بين هذه المسألة وبين مسألة الإجارة فيما إذا أقام القصار بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة، ففي حصة ما أقام العمل القول لربّ الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع اعتباراً للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع، وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضاً دون هلاك بعض المبيع. قلت: الفرق بينهما من حيث أن عقد البيع في العبدين عقد واحد، فإذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك تعذر في الباقي. وأما عقد الإجارة ففي حكم عقود متفرقة تتجدد بحسب ما يقيم من العمل فبتعذر فسخه في البعض لا يتعذر فسخه في الباقي، كذا في الشروح ونقله صاحب النهاية عن إجارات المبسوط. أقول: لقائل أن يقول: هذا الفرق إنما يتمشى بالنظر إلى الدليل الأول وأما بالنظر إلى الدليل الثاني فلا، لأن عقد الإجارة وإن كان في حكم عقود متفرقة إلا أنه في الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه أجرة معلومة فلا بد من القسمة وهي بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل بعين ما قيل في عقد البيع فينبغي أن لا يجوز أيضاً **(إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلاً)** أي بالكلية **(لأنه حينئذ)** أي حين أن يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية **(يكون الثمن كله بمقابلة**

يمينه، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً آخر زائداً على ما أقرّ به المشتري، وعلى هذا ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف، لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري، وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحيّ لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية، بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيئتهما. قيل: والصحيح هو الثاني لأن البائع لا يترك من ثمن الميت شيئاً مما أقرّ به المشتري، إنما يترك دعوى الزيادة **(وقال أبو يوسف:**

الحي وتزيد قيمته فيرضى البائع أن يأخذه صلحاً عن جميع ما ادعاه طمعاً في زيادة قيمة الحي، فإنه لولا الصلح لا يعطيه المشتري الحي إذ القول قوله مع يمينه فتأمل قوله: **(في قيمة الهالك)** أي في حصة قيمته قوله: **(والجواب أن هلاك البعض الخ)** أقول: أنت خبير بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه. والظاهر أن التعليل الأول لأبي حنيفة للجواب عن محمد، والثاني للجواب عن أبي يوسف لا كما فهمه الشارح.

العقد فيتحالفان. هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا وقالوا: إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له، معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً. وقال بعض المشايخ: يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقرّ به المشتري، وإنما لا يأخذ الزيادة. وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف، لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري، ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم. وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادّعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد

القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان) أي إذا كان الأمر كذلك فيتحالفان (وهذا) أي توجيه قوله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) أي عامتهم (ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف) لأنه هو المذكور في الكلام، فكان تقدير الكلام: لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان (كما ذكرناه) أراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) أي قال هؤلاء المشايخ (إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحيّ ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً) أقول: كان الظاهر في التحرير من حيث العربية، والمعنى أن يترك لفظ معناه من البين. أو أن يقال إن قوله في الجامع الصغير يأخذ الحيّ ولا شيء له، معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً، ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقرّ به المشتري، وإنما لا يأخذ الزيادة، وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبي حنيفة والقول قول المشتري مع يمينه، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحيّ ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً زائداً على ما أقرّ به المشتري فحينئذ لا يمين على المشتري (لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري) قال صاحب العناية: وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدّعيه عليه، وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيئتهما انتهى. وقال بعض الفضلاء فيه: إن أخذ الحيّ يكون معلقاً بمشيئتهما البتة، وإنما الذي لا يتعلق بمشيئة المشتري أخذ ما أقرّ به من ثمن الهالك انتهى. أقول: هذا ليس بشيء لأنه إن أراد بقوله أن أخذ الحي يكون معلقاً بمشيئتهما البتة أنه كان في الكتاب معلقاً بمشيئتهما البتة فليس بصحيح، لأن المذكور في الكتاب إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له، ولم يعلق فيه أخذ الحيّ إلا بمشيئة البائع، وإن أراد به أن يكون في الصلح معلقاً بمشيئتهما البتة فليس بمفيد له أصلاً بل هو مؤيد لما قاله شيخ الإسلام، فإن مراده أن أخذ الحيّ لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً في الكتاب بمشيئتهما كما يكون في الصلح متعلقاً بمشيئتهما البتة ولم يتعلق فيه إلا بمشيئة البائع (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم) أي في البيع القائم على حاله وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ، وإنما لم تختلف صفة التحالف

يتحالفان في الحيّ ويفسخ العقد في الحيّ، والقول قول المشتري في قيمة الهالك) وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحيّ ليس بصحيح على ما سيأتي (وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما) (ويرد الحيّ وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل في المقسم عليه فلا يجوز (ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره) والجواب هو الجواب (ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها) والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى إليه ولا يلحق به بالدلالة لأنه ليس في معناه من كل وجه، لأن التحالف في القائم لا يمكن إلا على اعتبار حصته من الثمن، ولا بد من

قوله: (فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضاً) أقول: يعني كصاحبيه ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى استيفاء بعض المنفعة قوله: (لا يتعذر الباقي) أقول: فيه تأمل، فإن حصة الباقي يعلم بالحزر والظن وذلك مجهل في المقسم عليه.

بينهما ويأمر القاضي المشتري بردّ الباقي وقيمة الهالك. واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع، فإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف

عنده في الصورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف **(وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء)** كان الأحسن في التحرير أن يقول: وإذا لم يتفقا على شيء وحلفا بتقديم لم يتفقا على شيء على حلفا في الوضع لتقدمه عليه في الطبع **(فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما)** أي أو ادعى كلاهما **(يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري بردّ الباقي وقيمة الهالك)** والقول في القيمة قول المشتري لأن البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكره فيكون القول قوله، كما لو اختلفا في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد، كذا في الشروح **(واختلفوا في تفسيره)** أي في تفسير التحالف **(على قول أبي يوسف)**. قال في النهاية ومعراج الدراية: لم يذكر تفسير التحالف على قول أبي حنيفة لأن عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل. أقول: فيه شيء، وهو أن هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقاً بل إن رضي البائع أن يترك حصة الهالك أصلاً يتحالفان عنده أيضاً على تخريج عامة المشايخ، وقد ارتضى المصنف هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب أوّلاً كما مر آنفاً، فكان لذكر تفسير التحالف عند أبي حنيفة أيضاً مساغ. وعن هذا أن الإمام الزيلعي بعد أن ذكر في التبيين تفسير التحالف على قول محمد وعلى قول أبي يوسف قال: وعند أبي حنيفة أن البائع إذا رضي أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لأبي يوسف انتهى. وقال في غاية البيان: لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما انتهى. أقول: هذا أقرب إلى الحق مما سبق، ولكن فيه أيضاً شيء لا يخفى. فالأولى أن يقال: لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول أبي حنيفة مخصوصاً بتخريب بعض المشايخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال، بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول أبي يوسف **(والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع)** ومنهم من قال: يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لأن التحالف للفسخ والعقد ينفسخ في القائم لا في الهالك، وهذا ليس بصحيح لأن المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقاً، وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدّق فلا يفيد التحالف، فالصحيح أن يحلف المشتري على الوجه المذكور في الكتاب **(فإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم)** فإن قلت: أسند فسخ العقد هاهنا إليهما كما ترى وفيما سبق إلى القاضي حيث قال: وإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما فما التوفيق؟ قلت: معنى ما سبق فسخ القاضي بينهما إن لم يفسخا بأنفسهما، يرشد إليه أن الشراح قالوا في شرح ذلك المقام فسخ القاضي العقد بينهما إن طلبا أو طلب أحدهما، لأن الفسخ حقهما فلا بد من الطلب انتهى. إذ لا يخفى أن الفسخ إذا كان حقهما فهما يقدران على إحداثه بأنفسهما، ومعنى ما ذكر هاهنا يفسخان العقد إن أرادا الفسخ بأنفسهما على

القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فتؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز، وتفطن مما ذكرنا أن أحد الدليلين المذكورين في المتن لإثبات المدعي ينفي القياس، وفيه إشارة إلى الجواب عن مسألة الإجارة، فإن القصّار مثلاً إذا أقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة ففي حصة العمل القول لربّ الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان

قوله: **(والثاني ينفي الإلحاق بالدلالة الخ)** أقول: هذا معطوف على ما تقدم بخمسة أسطر وهو قوله إن أحد الدليلين المذكورين في المتن لإثبات المدعي ينفي الخ قوله: **(وهذا ليس بصحيح، إلى قوله، وكان صادقاً)** أقول: لم لا يجوز أن يحلف المشتري أن حصته ليست بألف والبائع أن حصته ليست بخمسمائة. ولا يرد ما يقال، لكن يمكن أن يقال بل يرد أيضاً، فإن ما يخص كل واحد منهما لا يعرف إلا بالحدس والتخمين فتجاسر كل منهما على اليمين لانتفاء كذبه بيقين قوله: **(دل على ذلك مسائل الزيادات)** أقول: في باب الزيادات في البيع من كتاب البيوع.

البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض (وإن اختلفا في قيمة

نهج قوله عليه الصلاة والسلام «تحالفا وترادّا»[1] وهذا لا ينافي أن يفسخه القاضي أيضاً فيما إذا لم يفسخاه بأنفسهما بل طلباه أو طلبه أحدهما من القاضي، وسيأتي التصريح من الشراح في مسألة التحالف بالإقالة بتساوي فسخ القاضي وفسخهما بأنفسهما (وتسقط حصته) أي حصة القائم (من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك) من الثمن الذي أقر به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده، كذا في العناية (وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض) يعني يقسم الثمن الذي أقرّ به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض، فإن اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقرّ به المشتري ويسقط عنه نصف ذلك الثمن؛ وإن تصادقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت، فإن تصادقا على أن قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشتري بقدرها حصة من الثمن الذي أقرّ به ويسقط عنه الباقي من ذلك الثمن (وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفاً وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول قول البائع) مع يمينه لأنهما اتفقا على وجوب الثمن الذي أقرّ به المشتري ثم المشتري يدعي سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه. فإن قيل: لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد في حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا؛ حتى قال محمد: قيمة الأم تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض، وكل واحد من العبدين هاهنا صار مقصوداً بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض. قال الإمام ظهير الدين صاحب الفوائد: هذا إشكال هائل أوردته على كل قرم تحرير لم يهتد أحد إلى جوابه، ثم قال: والذي يخايل لي بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد، وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وهو التحالف، أما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما، لأنه إن تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو قول محمد. حتى قال: يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض، كذا في النهاية وأكثر الشروح. أقول: في التوجيه الذي ذكره الإمام ظهير الدين نظر، لأن تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد في حق

بالإجماع، فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين. وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضاً دون هلاك أحد العبدين، وبيان ذلك أن السلعة في البيع واحدة، فإذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي. وأما الإجارة فهي عقود متفرقة تتجدد في كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في الباقي. والثاني ينفي الإلحاق بالدلالة. وفيه إشارة إلى الجواب عن قول أبي يوسف ومحمد كما ذكرناه (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم) وهو قوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ، وإنما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (فإذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى أحدهما أو كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشتري لأن البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب (واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف) فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لأن العقد يفسخ في القائم لا في الهالك، وهذا ليس بصحيح لأن المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه

---

(١) تقدم في أوائل باب التحالف.

الهالك يوم القبض فالقول قول البائع، وأيهما أقام البينة تقبل بينته، وإن أقاماها فبينة البائع أولى) وهو قياس ما ذكر

الميت على قول أبي يوسف ممنوع، لأن ما يوجب ذلك فيما نحن فيه إنما هو التحالف كما صرح به، والتحالف إنما يجري عنده في الحي دون الميت، وتعذر الفسخ في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف؛ ألا ترى أن محمداً لما أجاز التحالف على الهالك أيضاً أجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعاً عنه، فإذا لم يتحقق التحالف في الهالك على قول أبي يوسف وتعذر الفسخ فيه أيضاً فما الباعث على اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضي اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضي اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصوداً بالعقد. ثم إن صاحب العناية قال بعد نقل ما في تلك الشروح: وأقول: الأصل فيما هلك وكان مقصوداً بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظراً إلى وجود المانع وهو الهلاك، فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظراً إلى عدم الانفساخ، وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظراً إلى الانفساخ انتهى. أقول: وفيه أيضاً نظر، لأن قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة غير تام، لأن اتحاد الصفقة إنما يقتضي انفساخ العقد في الهالك بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فإنه حينئذ يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز. وأما إذا وقع الفسخ بعد قبضهما فلا يقتضي ذلك، فإن اللازم حينئذ تفريق الصفقة بعد تمامها إذ هي تتم بالقبض وهو جائز؛ ألا يرى إلى ما مرّ في باب خيار العيب من أن من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فإنه يفسخ العقد في العيوب خاصة عند أئمتنا الثلاثة بناء على أن تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز، والمسألة فيما نحن فيه مفروضة فيما إذا هلك أحد العبدين بعد قبضهما كما تبين في صدر المسألة فلا يتم التقريب **(وأيهما أقام البينة تقبل بينته)** لأنه نوّر دعواه بالحجة **(وإن أقاماها فبينة البائع أولى)** لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك. فإن قيل: المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب أن تقبل بينته لإثباتها الزيادة. قلنا: إن الذي وقع الاختلاف فيه مقصوداً قيمة الهالك، والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمناً للاختلاف في قيمة الهالك، وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصوداً فكانت أولى بالاعتبار، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الإمام المرغيناني وقاضيخان **(وهو)** أي ما ذكر من قول أبي يوسف وتفريعاته **(قياس ما ذكر في بيوع الأصل)** أي المبسوط **(اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما)** أي يوم القبض، كذا

البائع كان صادقاً، وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف **(والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع، فإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك)** من الثمن الذي يقرّ به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد

قوله: **(وهو التحالف)** أقول: قوله هو راجع إلى ما في قوله ما يوجب الفسخ الخ قوله: **(أما في الحي)** أقول: أي أما كون التحالف موجباً للفسخ في الحي قوله: **(لمكان الهلاك)** أقول: الذي هو مانع قوله: **(ما هو من لوازم الفسخ)** أقول: أي من روادفه وتوابعه، وليس المراد اللازم الميزاني، ثم أقول: قال محمد: فبأي ذلك وجد عيباً يرده بحصته من الثمن، فالعيب إن كان مما يوجب الفسخ لم يصح قولنا إن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وإن لم يكن مما يوجبه يحتاج إلى الفرق بين ما في الزيادات، والمسألة المنقولة من بيوع الأصل إذ قد اعتبر فيها قيمة الهالك يوم القبض كما صرح به في النهاية.

في بيوع الأصل **(اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما، وإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع)** لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر **(وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى)** لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا لفقه، وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الأمر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله، وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر، وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف. قال: **(ومن**

في النهاية **(فإن اختلفا في قيمة الهالك)** أي في مسألة الأصل **(فالقول قول البائع، لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر، وإن أقاما البينة)** أي في مسألة الأصل **(فبينة البائع أولى)** لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك، والبينات شرعت للإثبات فما كان أكثر إثباتاً كان أولى. قال المصنف **(وهذا لفقه)** أي اعتبار بينة البائع ويمينه لمعنى فقهي **(وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة)** أي حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة، واستدل المصنف عليه بقوله **(لأنها)** أي الأيمان **(تتوجه على أحد العاقدين)** أي لا على الوكيل والنائب **(وهما)** أي المتعاقدان **(يعرفان حقيقة الحال)** لأن العقد فعل أنفسهما والإنسان أعرف بحال نفسه **(فبني الأمر عليها)** أي على الحقيقة **(والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله)** لأنه ينكر سقوط الزيادة **(وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال)** لأنهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل أنفسهما، فيجوز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك **(فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً)** أي كما اعتبر يمينه **(وتترجح)** أي تترجح بينته على بينة المشتري **(بالزيادة الظاهرة على ما مر)** وهو قوله لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً **(وهذا)** أي ما ذكر في بيوع الأصل **(يبين لك معنى ما ذكرناه في قول أبي يوسف)** رحمه الله في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في بيوع الجامع الصغير **(قال)** أي محمد في بيوع الجامع الصغير **(ومن اشترى جارية وقبضها)** أي ونقد ثمنها، كذا في الشروح وفي أصل الجامع الصغير **(ثم تقايلا)** ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة، كذا في الشروح، وسيشير إليه المصنف بقوله والمسألة مفروضة قبل القبض **(ثم اختلفا في الثمن)** فقال المشتري كان الثمن ألفاً فعليك أن ترد الألف وقال البائع كان خمسمائة فعليّ رد الخمسمائة **(فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول)** حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة؛ معناه: يعود البيع الأول إذا فسخ القاضي أو فسخا بأنفسهما الإقالة لأن الإقالة كالبيع لا تنفسخ إلا بالفسخ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن صدر الإسلام. ولما استشعر أن يقال النص الوارد في حق التحالف

والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده **(ويعتبر قيمتهما في انقسام يوم القبض)** يعني يقسم الثمن الذي أقرّ به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض، فإن اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقرّ به المشتري ويسقط عنه نصف الثمن، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت، فإن تصادقا على أنّ قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما أقرّ به من الثمن **(وإن اختلفا)** في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفاً وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس **(فالقول للبائع)** لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره، وطولب بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن، دل على ذلك مسائل الزيادات. وقال محمد: قيمة الأم يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم القبض، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض، وكل واحد من العبدين هنا صار مقصوداً بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض. وقال ظهير الدين:

اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول) ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين، وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين

وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً وترادّا»[1] لم يتناول الإقالة، فما وجه جريان التحالف فيها؟ أجاب بقوله **(ونحن ما أثبتنا التحالف فيه)** أي في التقايل **(بالنص لأنه ورد في البيع المطلق)** أي في البيع من كل وجه **(والإقالة فسخ في حق المتعاقدين)** وإن كان بيعاً جديداً في حق غيرهما. فإن قلت: قوله والإقالة فسخ في حق المتعاقدين إنما يتمشى على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي يوسف، فإن الإقالة عنده بيع في حق المتعاقدين أيضاً، والمسألة التي نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية؟ قلت: كلام المصنف هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفاً، وذلك السؤال إنما يكاد يتوجه على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي يوسف كما لا يخفى، فبني الجواب أيضاً على أصلهما دون أصله فتدبر **(وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض)** أي قبل قبض البائع الجارية بحكم الإقالة **(والقياس يوافقه على ما مر)** أي في أول الباب **(ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض)** توضيح لقوله وإنما أثبتناه بالقياس: يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة يجري التحالف بينهما **(والوارث على العاقد)** أي ونقيس الوارث على العاقد: يعني إذا اختلف وارث البائع والمشتري في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما **(والقيمة على العين)** أي ونقيس القيمة على العين **(فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري)** يعني إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة، فإن اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص إذ ذاك معقول المعنى. وفي غاية البيان: وهذه هي النسخة المقابلة بنسخة المصنف. وفي بعض النسخ فيما إذا استهلك المشتري، وفي بعضها فيما إذا استهلك المبيع. قال الإمام حافظ الدين الكبير البخاري على حاشية كتابه الصحيح: استهلك المشتري انتهى. وفي معراج الدراية: الصواب إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري، وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف؛ أو الصواب استهلك المشتري بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة المفعول انتهى **(ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً)** يعني أن محمداً يرى النص وهو قوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادّا»[2] معلولاً بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض. قال بعض الفضلاء: فإن قيل: الإقالة بيع عند أبي يوسف فيكون

هذا إشكال هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد إلى جوابه، ثم قال: والذي تخايل لي بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد، وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وهو التحالف، أما في الحي منهما فظاهر، وكذلك في الميت منهما، لأنه إن تعذر الفسخ من الهالك لكان الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض، لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم

قوله: **(فمبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام الخ)** أقول: لا يخفى عليك أن القيمة تعرف بالحزر والظن، فلو حلف يلزم الإقدام على اليمين بجهالة قوله: **(لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه)** أقول: فيه شيء.

---

(١) تقدم قبل أربعة أحاديث.

(٢) تقدم مراراً.

فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري. قال: **(ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد)** لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً. قال: **(ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم)** لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود السلم، بخلاف الإقالة في البيع؛ ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب وهلك قبل

متناول النص فينبغي أن يجري التحالف عنده بعد قبض البائع أيضاً، قلنا: لما وقع الخلاف في كونه بيعاً لا يتناوله النص الوارد في البيع المطلق للشبهة انتهى. أقول: جوابه ساقط جداً، لأن التحالف ليس مما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى، فلو كان مجرد وقوع الخلاف في كون الإقالة بيعاً مانعاً عنده عن أن يتناولها النص الوارد في البيع المطلق في حق حكم التحالف فكان ذلك مانعاً عنده عن أن يتناولها النصوص الواردة في حق سائر أحكام البيع المطلق أيضاً مع أن أحكام البيع المطلق جارية بأسرها في الإقالة عنده على ما تقرر في بابها. ثم أقول: في دفع سؤاله إن أصل أبي يوسف الإقالة هو أنها بيع إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً كالإقالة قبل القبض في المنقول فتجعل فسخاً كما بينوا في باب الإقالة، وفيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت قول أحدهما صار الثمن مجهولاً فلم يمكن جعله بيعاً لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد في البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده أيضاً لا بالنص ولا بالقياس **(قال)** أي محمد في بيوع الجامع الصغير **(ومن أسلم عشرة دراهم في كرّ حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن)** أي في رأس المال فقال المسلم إليه كان رأس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة **(فالقول قول المسلم إليه)** أي مع يمينه، لأن رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر **(ولا يعود السلم)** أي لا يتحالفان ولا يعود السلم **(لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض)** أي الفسخ: يعني أن المقصود من التحالف الفسخ، وإليه الإشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام «تحالفا وترادّا»[1] والإقالة في باب السلم لا تحتمله **(لأنه)** أي الإقالة في باب السلم ذكر الضمير بتأويل التقايل **(إسقاط)** للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود **(فلا يعود السلم، بخلاف الإقالة في البيع)** فإنها تحتمل الفسخ ويعود المبيع إلى المشتري بعد عوده إلى البائع لكونه عيناً قائماً، **(ونوّر هذا بقوله: ألا يرى أن رأس مال السلم لو كان**

القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال: يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده، فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتهما يوم القبض. هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين. وأقول: الأصل فيما هلك وكان مقصوداً بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه تعتبر حينئذ قيمته يوم القبض، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظراً إلى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين، وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظراً إلى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظراً إلى الانفساخ **(وأيهما أقام البينة تقبل بينته)** لأنه نوّر دعواه بالحجة **(وإن أقاماها فبينة البائع أولى)** لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك، ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لأنها ضمنية، والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك. ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من بيوع الأصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه في أن القول هاهنا قول البائع، والبينة أيضاً بينته مع أن المعهود خلاف ذلك، إذ البائع إما أن يكون مدعياً أو

قال المصنف: **(ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة الخ)** أقول: فإن قيل: الإقالة بيع عند أبي يوسف فيكون متناول النص فينبغي أن يجري التحالف عنده بعد قبض البائع أيضاً. قلنا: لما وقع الخلاف في كونه بيعاً لا يتناوله النص الوارد في البيع المطلق للشبهة فليتأمل قوله: **(لما يدعيه الآخر)** أقول: هو القعد كما مر.

---

(١) تقدم مراراً.

التسليم إلى ربّ السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما. قال: **(وإذا اختلف الزوجان في المهر فادّعى الزوج أنه تزوّجها بألف وقالت تزوّجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته)** لأنه نوّر دعواه بالحجة. **(وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة)** لأنها تثبت الزيادة، معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادّعته **(وإن لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح)** لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ، **(ولكن يحكم مهر المثل، فإن**

عرضاً فردّه بالعيب) أي فقضى القاضي بالرد بالعيب على ربّ السلم **(وهلك)** أي في يد المسلم إليه **(قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع، دل)** أي دل هذا الذي ذكر **(على الفرق بينهما)** أي بين السلم والبيع. فإن قيل: ما الفرق لمحمد بين إقالة السلم وبين ما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فإنهما يتحالفان فيما إذا هلكت السلعة، ولا يتحالفان في إقالة السلم إذا اختلفا في مقدار رأس المال وإن فات المعقود عليه في الفصلين جميعاً؟ قلنا: الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه، والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفوائد الظهيرية **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوّجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته)** قال المصنف في تعليله **(لأنه نوّر دعواه بالحجة)** قال الشراح: أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة، وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة، وإنما قبلت لأنه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها انتهى. **(فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة)** هذا من تمام كلام القدوري. قال المصنف في تعليله **(لأنها)** أي لأن بينة المرأة **(تثبت الزيادة)** وقال في توجيهه **(معناه إذا كان مهر مثلها)** أي مهر مثل المرأة **(أقل مما ادعته)** وقال صاحب العناية في تفصيل المسألة: وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أولاً، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة، وإن كان الثاني فالبينة للزوج لأنها تثبت الحطّ وبينتها لا تثبت شيئاً لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى. أقول: في تحريره خلل، حيث حكم في الأول على الإطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك، بل الأول أيضاً لا يخلو من أن يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه، ومن أن يكون أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة، وإن كان الثاني فتتعارض بينتاهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحطّ فيتهاتران فيجب مهر المثل،

مدعى عليه، فإن كان الأول فعليه البينة، وإن كان الثاني فعليه اليمين إذا أنكر، فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين، وذلك أن كلا من اليمين والبينة ينبني على أمر جاز أن يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك، فمبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة، ومبنى البينات على الظاهر لأن الشاهد يخبر من فعل غيره لا عن فعل نفسه، فجاز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل أو تلجئة أو غير ذلك. وإذ ظهر هذا جاز أن يكون القول للبائع لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه، وأن تقبل بينته لأنه مدع في الظاهر. وإذا أقاما البينة تترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر، وفي كلامه نظر، لأنه علل اعتبار الحقيقة في الأيمان بقوله لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة

قوله: **(لأن فائدة التحالف الفسخ)** أقول: لقوله عليه الصلاة والسلام «تحالفا وترادا» ولكن بقي هاهنا بحث، لأنه إن أراد كلياً فممنوع والسند التحالف إذا اختلفا في المهر، وإن أراد جزئياً فمسلم ولا يفيده. وجوابه يعلم من تعليل الاختلاف في المهر فافهم قوله: **(لا ترتفع الإقالة)** أقول: ينبغي أن يرفع من هنا قوله: **(وأجيب بأن الإقامة في السلم الخ)** أقول: فيه أن محمداً يرى النص معلولاً، وذلك التعليل جار هنا، فإن كلا منهما يدعي عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكر، وسيجيء جوابه في درس الاختلاف في الإجارة قال المصنف: **(معناه إذا كان مهر مثلها أقل الخ)** أقول: قال أكمل الدين: وإن لم يكن أقل فالبينة للزوج لأنها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئاً لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى. قال الإمام التمرتاشي: وقيل بينتها أولى لأنها تثبت الزيادة انتهى. ولا يخفى عليك أن إطلاق القدوري يلائم هذا القول، فقول المصنف ومعناه محل كلام.

كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضي بما قال الزوج) لأن الظاهر شاهد له **(وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر**

وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتبرة حتى المتون في باب المهر، بل صرح به صاحب العناية أيضاً في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب. وأما قول المصنف: معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته فليس بهذه المثابة من الخلل، إذ يمكن أن يكون مراده به مجرد الاحتراز عما إذا كان أكثر مما ادعته لا التعميم لقسمي كون مهر مثلها أقل مما ادعته، بخلاف تحرير صاحب العناية فإن عبارة لا يخلو في قوله وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أو لا تقتضي شمول الأقسام كما لا يخفى على ذوي الأفهام. ولقد أحسن الإمام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وإن برهنا فللمرأة، هذا إذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعي الزوج أو أقل، لأن الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى، وإن كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه المرأة أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لأنها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للإثبات، وإن كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بأن كان أقل مما ادعته المرأة وأكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح أنهما يتهاتران لأنهما استويا في الإثبات، لأن بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون إحداهما أولى من الأخرى انتهى **(وإن لم يكن لهما بينة)** أي عجزاً عن إقامة البينة **(تحالفا عند أبي حنيفة، ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وإنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه)** أي في النكاح فلا حاجة إلى الفسخ **(بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده)** لبقائه بيعاً بلا ثمن وهو فاسد **(على ما مر)** أي في كتاب البيوع، بل في هذا الباب أيضاً حيث قال: ويقال إذا لم يثبت البدل بقي بيعاً بلا بدل وهو فاسد **(فيفسخ)** أي البيع، قال صاحب النهاية: فإن قلت: النص بشرعية التحالف إنما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع إلى النكاح، أو نقول: إن التحالف إنما شرع في عقد يحتمل الفسخ لما أن الفسخ من أحكام التحالف ولا فسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب أن لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه. قلت: أما الأول وهو ورود النص في البيع فقلنا: إن المعنى الموجب للتحالف هناك موجود هاهنا من كل وجه فيثبت التحالف في النكاح أيضاً بدلالة النص، وذلك لأن الموجب للتحالف هناك هو أن كل واحد من المتعاقدين مدّع ومنكر، ومن يمكن ترجيح أحدهما على الآخر في الدعوى والإنكار لتساويهما فيهما، فلذلك قوبلت بينتهما ويمينهما لأن كل واحد منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكاً بقوله ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] وأما الثاني وهو

الحال وهو مفرع على المدعي، فإن توجه اليمين على أحد العاقدين دون الوكيل والنائب إنما هو لأن المعتبر في الأيمان هو الحقيقة. ويمكن أن يجاب عنه بأنه دليل لا تعليل، والفرق بيّن عند المحصلين قوله: **(وهذا)** أي ما ذكر في الأصل **(يبين معنى ما ذكرناه)** من قول أبي يوسف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة الجامع الصغير. قال: **(ومن اشترى جارية الخ)** ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة حتى اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة، ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بأنفسهما أو فسخها القاضي لأنها كالمبيع لا تنفسخ إلا بالفسخ. فإن قيل: النص لم يتناول الإقالة فما وجه جريان التحالف فيها؟ أجاب بقوله: **(ونحن ما أثبتنا التحالف بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين)** فلا تدخل تحته **(وإنما أثبتناه بالقياس لأن ما نحن فيه من مسألة الإقالة مفروضة قبل القبض، والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الإجارة)** إذا اختلف الآجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة **(على البيع قبل القبض والوارث على العاقد)** إذا اختلفا في الثمن قبل القبض **(والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري)** يعني إذا استهلك غير

---

(١) تقدم في أوائل كتاب الدعوى.

قضي بما ادعته المرأة، وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل) لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه. قال رحمة الله: ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم، وهذا قول الكرخي رحمه الله لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا يقدم في

أن الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت هاهنا وجوابه مذكور في الكتاب. وإيضاح ذلك هو أن التحالف إنما أوجب الفسخ في التحالف لأنه لما تعذر إثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم إخلاء العقد عن البدل، والبدل إذا خلا في البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ. وأما النكاح إذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية، وإذا لم يفسد النكاح لا يفسخ إذ الفسخ إنما كان بسبب الفساد فافترقا، إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية انتهى. وقد اقتفى أثره في هذين السؤالين وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية. أقول: في كل واحد من الجوابين بحث. أما في الأوّل فلأن المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعياً ومنكراً مع عدم إمكان ترجيح أحدهما على الآخر إنما يوجد هاهنا قبل تسليم المرأة بضعها إلى الزوج، وأما بعد التسليم فلا يوجد لأن الزوج لا يدعي على المرأة حينئذ شيئاً إذ المعقود عليه سالم له. بقي دعوى المرأة في زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر في الاختلاف في البيع بعد القبض، والمسألة فيما نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده، بل كانت مصوّرة في بعض الشروح بصورة تخص بما بعد القبض فبقي السؤال في هذه الصورة، إلا على قول محمد فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً كما مر. وأما في الثاني فلأن حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ في النكاح، وهو لا يدفع السؤال إذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع أو التردد في عدم ثبوت الفسخ في النكاح، بل حاصله أن التحالف إنما شرع لحكمه وهو الفسخ، فإن لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي أن لا يجري فيه التحالف أيضاً، ويؤيده أن التحالف لم يجر فيما إذا اختلفا في الإقالة في السلم لعدم احتمال الإقالة في باب السلم الفسخ كما مر من قبيل مسألتنا هذه فتأمل **(ولكن يحكم مهر المثل)** هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع **(فإن كان)** أي مهر المثل **(مثل ما اعترف به الزوج أو أقل)** أي مما اعترف به الزوج **(قضى بما قال الزوج لأن الظاهر)** أي ظاهر الحال **(شاهد له)** أما في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل؛ وأما في صورة كون مهر المثل أقل مما اعترف به

المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة. فإن اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص إذ ذاك معقول المعنى **(ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً)** لأنه معلول بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض. قال: **(ومن أسلم عشر دراهم الخ)** ومن أسلم عشرة دراهم في كرّ حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم، لأن فائدة التحالف الفسخ والإقالة في باب السلم لا تحتمله لكونه فيه إسقاط للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود، بخلاف الإقالة في البيع فإنها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عيناً إلى المشتري بعد عوده إلى البائع؛ ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فردّه بالعيب يعني قضى القاضي بذلك وهلك قبل التسليم إلى ربّ السلم لا ترفع الإقالة ولا يعود السلم، ولو كان ذلك في بيع العين عاد البيع، وإنما كان القول للمسلم إليه

قال المصنف: **(وسقوط اعتبارها بالتحالف)** أقول: لو سقط اعتبارها بالتحالف لكان الواجب في الصور الخمس مهر المثل لظهور أن في التحكيم اعتبار التسمية فليتأمل، وجوابه أن المراد أخذنا بإقراره قوله: **(وذكر في بعض الشروح)** أقول: يعني غاية البيان قوله: **(وأقول إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل الخ)** أقول: فيه شيء ظاهر. بل الفارق أن الواجب الأصلي في باب النكاح هو مهر المثل، بخلاف البيع فإن الأصل فيه هو الثمن المسمى.

الوجوه كلها، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري، وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف فلا نعيده **(ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون**

الزوج فلكون قوله أقرب إلى مهر المثل من قولها **(وإن كان)** أي مهر المثل **(مثل ما ادعته المرأة أو أكثر)** أي مما ادعته المرأة **(قضي بما ادعت المرأة)** لأن الظاهر شاهد لها حينئذ لمثل ما بيناه آنفاً **(وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل)** أي بسبب حلف الزوج **(ولا الحط عنه)** أي بسبب حلف المرأة **(قال)** أي المصنف **(ذكر)** أي القدوري **(التحالف أولاً ثم التحكيم، وهذا)** أي ما ذكره القدوري **(قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية)** لأنه موجب نكاح لا تسمية فيه **(وسقوط اعتبارها بالتحالف)** أي وسقوط اعتبار التسمية إنما هو بالتحالف **(فلهذا يقدم)** أي التحالف **(في الوجوه كلها)** يعني فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه، أو كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه، أو كان أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه **(ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول)** لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفتاوى الظهيرية **(كما في المشتري)** أي كما يبدأ بيمين المشتري على القول الصحيح تعجيلاً لفائدة النكول كما مرّ **(وتخريج الرازي بخلافه)** أي تخريج أبي بكر الرازي، بخلاف قول الكرخي فإن الرازي يقول بتحكيم مهر المثل أوّلاً إذا شهد مهر المثل لأحدهما. ثم يقول بالتحالف إذا لم يشهد ذلك لأحدهما. قال المصنف **(وقد استقصيناه)** أي تخريج الرازي **(في النكاح)** أي في كتاب النكاح **(وذكرنا خلاف أبي يوسف)** وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج إلا أن يأتي بشيء قليل، وفي رواية: إلا أن يأتي بشيء مستنكر، وتكلموا في تفسيره على ما مر بيانه في كتاب النكاح **(فلا نعيده)** أي لا نعيد ذكر خلافه هاهنا. قال صاحب النهاية: وهذا أي قول الرازي هو الأصح، لأن تحكيم مهر المثل هاهنا ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه، كذا ذكره الإمام قاضيخان والمحبوبي انتهى. وقال صاحب غاية البيان: قالوا: إن قول الكرخي هو الصحيح لأن مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية، وإنما تنعدم التسمية بالتحالف لأنه حينئذ يكون كأن العقد لم يكن فيه تسمية أصلاً فيصار إلى مهر المثل، فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى. وقال صاحب العناية: أقول: إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن

لأن ربّ السلم يدعي عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر، وأما هو فلا يدعي على ربّ السلم شيئاً لأن المسلم فيه قد سقط بالإقالة. قيل المعقود عليه قد فات في إقالة السلم وفيما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا، فما الفرق لمحمد في إجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون إقالة السلم. وأجيب بأن الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه، والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ. قال: **(وإذا اختلف الزوجان في المهر الخ)** إذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوّجني بألفين فأيهما أقام البينة قبلت بينته لأنه نوّر دعواه بالحجة. أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة، وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة، وإنما قبلت لأنه مدّعٍ في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا **(وإن أقاما)** فلا يخلو: إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادّعته أولاً، فإن كان الأول **(فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة)** وإن كان الثاني فالبينة للزوج لأنها تثبت الحطّ وبينتها لا تثبت شيئاً لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل **(وإن عجزا عنها تحالفا عند أبي حنيفة، ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وإنه لا يخلّ**

قوله: **(في باب المهر)** أقول: متعلق بما سبق من قوله كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف.

عينها) لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة **(وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا)** معناه اختلفا في البدل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر، والإجارة قبل القبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة **(فإن وقع الاختلاف في الأجرة**

غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية، لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه، وأما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى. وأنا أقول: إن قوله إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح، فلا كلام ليس بصحيح إذ لا مجال لإرادة هذا المعنى من ذلك اللفظ، لأنهما ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافي كون غيره أصح، بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند إليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى، فإذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز أن يتصف غيره بالأصحية والاتصاف بالأصحية يستلزم الاتصاف بأصل الصحة لأنها زيادة الصحة، اللهم إلا أن يكون مراده لا كلام في المراد لا في الإرادة فتأمل. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر، كما في النكاح فإنه لا محظور فيه. ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكماً، بخلاف القيمة فإنها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكماً انتهى. وأقول: في جوابه تحكم، حيث جعل مهر المثل أمراً معلوماً ثابتاً بيقين، والقيمة أمراً مظنوناً غير مفيد للمعرفة، والحال أنهما إن كانا متفاوتين في المعرفة فمهر المثل أخفى من القيمة، إذ قد تقرر في باب المهر أن مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم أبيها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سناً وجمالاً ومالاً وعقلاً وديناً وبلداً وعصراً وبكارة وثيابة. ولا يخفى أن معرفة هذه الشرائط عسر جداً، بخلاف القيمة إذ يكفي فيها نوع خبرة بأحوال الأمتعة كما لا يخفى. فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا: قلنا القضاء هناك بما يدعيه أحدهما غير ممكن، وإن كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما لأن القيمة لا يمكن إثباتها ثمناً بمطلق العقد، ومهر المثل يمكن إثباته مهراً بمطلق العقد، وهذا هو الفرق بينهما انتهى. وقال صاحب النهاية: إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية: ولو ادّعى الزوج النكاح على هذا العبد **(والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة)** يعني أنه يحكم مهر المثل أولاً، فمن شهد له فالقول له وإن كان بينهما يتحالفان وإليه مال الإمام فخر الإسلام وهو تخريج الرازي، وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولاً كما تقدم كذا في العناية **(إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها)** أي للمرأة **(قيمتها)** أي قيمة الجارية **(دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي**

بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يخلّ بصحته) لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح **(فينفسخ)** البيع. فإن قيل: التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه، لكن فائدته فسخ العقد والنكاح هاهنا لا يفسخ. أجيب بأن موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعياً ومنكراً مع عدم إمكان الترجيح، وهو هاهنا موجود فالحق به، وإنما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب. وتوضيحه أن الفسخ في البيع إنما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك، لأن له موجباً أصلياً يصار إليه عند انعدام التسمية. هذا على طريق تخصيص العلل والمجوز مخلص ومخلص غيره معلوم قوله: **(ولكن يحكم مهر المثل)** استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح: أي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع **(فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له، وإن كان مثل ما ادعته المرأة)** أو أكثر قضى بما قالت كذلك، وإن كان أكثر مما اعترف به وأقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل، لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف رحمه الله: **(ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم، وهذا قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع**

قوله: **(هذا شهراً بعشرين وذاك الخ)** أقول: قوله هذا إشارة إلى المؤجر وذاك إشارة إلى المستأجر.

يبدأ بيمين المستأجر) لأنه منكر لوجوب الأجرة **(وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وأيهما أقام البينة قبلت، ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة، وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى، وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل)** نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة. قال: **(وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول**

ولم يوجد) أي التراضي **(فوجبت القيمة)** أي قيمة الجارية **(وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفاً وترادّا)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف **(معناه اختلفا في البدل)** أي الأجرة **(أو في المبدل)** أي المعقود عليه وهو المنفعة، وهذا احتراز عن اختلافهما في الأجل، فإنه لا يجري التحالف بينهما فيه. بل القول فيه قول من ينكر الزيادة. كذا في النهاية ومعراج الدراية. ثم إن الظاهر كان أن يزيد المصنف على قوله في البدل أو المبدل أو فيهما كما زاده صاحب الكافي ليتناول الصورة الثالثة الآتية، فكأنه أراد بقوله في البدل أو المبدل منع الخلو احترازاً عما ذكرناه آنفاً لا منع الجمع فيتناولهما أيضاً فتدبر **(لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس)** من حيث أن كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من أنكر **(على ما مرّ)** أي في أول هذا الباب **(والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع)** من حيث إن كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرّع **(وكلامنا قبل استيفاء المنفعة)** لأن وضع مسألتنا في الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الإجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فجرى التحالف هاهنا كما جرى ثمة. فإن قيل: قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجري فيها التحالف، قلنا: في معدوم يجري التحالف كما في السلم وأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة، كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين **(فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة)** أي لوجوب زيادة الأجرة على حذف المضاف. قال صاحب العناية أخذاً من شرح تاج الشريعة: فإن قيل: كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول، فإن تسليم المعقود عليه واجب أوّلاً على الآجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده. أجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو الأسبق إنكاراً فيبدأ به، وإن لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف انتهى. وقد اقتفى أثره الشارح العيني. أقول: في الجواب بحث من وجوه: الأول

وجود التسمية) لأنه موجب نكاح لا تسمية فيه **(وسقوط اعتبارها)** إنما هو **(بالتحالف فلهذا يقدم)** التحالف **(في الوجوه كلها)** يعني فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه، أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه، أو كان بينهما، فهي خمسة وجوه. وأما في قول الرازي فلا تحالف إلا في وجه واحد وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهداً لأحدهما، وفيما عداه فالقول قوله بيمينه إذا كان مهر المثل مثل ما يقوله أو أقل، وقولها مع يمينها إذا كان مثل ما ادعته أو أكثر. قال في النهاية وهذا هو الأصح لأن تحكيم مهر المثل ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه. وذكر في بعض الشروح قالوا: إن قول الكرخي هو الصحيح لأن وجود التسمية يمنع المصير إلى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما. وأقول: إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه، وأما

قوله: **(يقبل الفسخ)** أقول: والإجارة بعد الاستيفاء لا تقبل الفسخ قوله: **(واجب أولاً على الآجر)** أقول: فهو أسبق إنكاراً قوله: **(فيبدأ به)** أقول: مع تعجيل فائدة النكول أيضاً قوله: **(لأن تسليمه لا يتوقف الخ)** أقول: لكن يتوقف على تعيينها فيمتنع قبله، كيف ولو صح ما ذكره لم يكن المؤجر في معنى البائع، إذ لا ينكر حينئذ وجوب تسليم المعقود عليه بما عين من الأجرة فلا يستقيم القياس هذا خلف.

المستأجر) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها؛ ولو جرى التحالف ها هنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبيّن أنه لا عقد. وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها، بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل. قال: **(وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة. وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة)** وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع، والجامع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن. ولأبي حنيفة أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد

أن المؤجر فإن لم يمتنع من تسليم العين المستأجرة بما ادعاه من الأجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستأجر منها فإن تسليمه إياها وإن لم يتوقف على قبض الأجرة إلا أنه يتوقف على تعينها وإلا لم يكن المؤجر منكراً لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستأجر فيلزم أن لا تكون الإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف. والثاني أن ما ذكره هاهنا منقوض بما إذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فإن المشتري هناك أيضاً لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على أن تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه بيمين المشتري كما يبدأ بيمينه في صورة الاختلاف في الثمن، ويعلل بتعجيل فائدة النكول. والثالث أن قوله فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف إن أراد به أنه لا إنكار للمؤجر أصلاً كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح، إذ يلزم حينئذ أن لا يحلف المؤجر أصلاً فيختل وضع المسألة لأن وضعها في التحالف لا في حلف الواحد. وإن أراد به أن للمؤجر أيضاً إنكاراً إلا أن في إنكار المستأجر ما يقتضي البدء بيمينه فهو أوّل المسألة ولم يظهر بعد. ثم إن تاج الشريعة أجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال: ولأن الإجارة اعتبرت بالبيع، ومن شرط القياس أن لا يغير حكم النص في الفرع بل يعدى حكم الأصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى. أقول: وفيه أيضاً بحث لأن هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية، وهي ما إذا وقع الاختلاف في المنفعة فإنه يبدأ فيها بيمين المؤجر فيلزم مما ذكر أن يغير فيها حكم النص، وأن لا يعدى حكم الأصل بعينه فإن حكمه أن يبدأ بيمين المشتري من غير فصل بين أن يقع الاختلاف في البدل وأن يقع في المبدل على ما مر. ثم إن التحقيق أن حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين

لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع. ولقائل أن يقول: ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فإنه لا محظور فيه. ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكماً، بخلاف القيمة فإنها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكماً **(ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول)** فإن أول التسليمين عليه **(كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه)** وهو التحكيم أوّلاً ثم التحليف **(كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف)** وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتي بشيء مستنكر: يعني في باب المهر **(فلا نعيده، ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة)** يعني أنه يحكم مهر المثل أولاً، فمن شهد له فالقول له وإن كان بينهما يتحالفان وإليه مال فخر الإسلام وهو تخريج الرازي. وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولاً كما تقدم، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة. قال: **(وإن اختلفا في الإجارة الخ)** إذا

قال المصنف: **(لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا على أصل محمد)** أقول: لم يستدل على عدم جريان التحالف بعد الاستيفاء بكونه على خلاف القياس بعد القبض كما سبق مع أنه المناسب لتعليل المسألة السابقة إذ لا يعم مذهب محمد فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض على ما مر فليتأمل قوله: **(سميت بذلك لأنها تقي الخمار الخ)** أقول: يعني إنما سميت بالوقاية لأنها تقي الخمار

والتصرف للحال وهو سالم للعبد وإنما ينقلب مقابلاً بالعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان. قال: **(وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة)** لأن الظاهر شاهد له **(وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية)** لشهادة الظاهر لها **(وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل)** لأن المرأة

عند اختلافهما في العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما، وإنما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص في شيء من الصورتين ولا يتم الجواب **(وإن وقع)** أي الاختلاف **(في المنفعة بدىء بيمين المؤجر)** لأنه منكر لزيادة المنفعة **(وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه)** لأن نكوله بدل أو إقرار على ما مر **(وأيهما أقام البينة قبلت)** لأنه نوّر دعواه بالحجة **(ولو أقاماها)** أي البينة **(فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة)** لأن بينته تثبت الزيادة حينئذ **(وإن كان)** أي الاختلاف **(في المنافع فبينة المستأجر)** أي فبينة المستأجر أولى لأنها تثبت الزيادة حينئذ **(وإن كان فيهما)** أي وإن كان الاختلاف في الأجرة والمنافع معاً **(قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا)** أي المؤجر **(شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة)** لا يقال: كان الأحسن أن يقدم ذكر أحوال إقامة البينة على ذكر أحوال اليمين والنكول لأن المصير إلى اليمين بعد العجز عن إقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المصنف الأمر. لأنا نقول: العمدة في هذا الباب بيان أمر التحالف وباقي الأقسام استطرادي، فقدم الأهم في هذا المقام، فكأن صاحب العناية لم يتنبه لهذه النكتة حيث غير أسلوب المصنف فقدم

اختلفا في الإجارة في البدل: أي الأجرة أو المبدل، فإما أن يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه أو بعد ذلك أو بعد استيفاء بعضه، فمن أقام البينة قبلت بينته لأنه نوّر دعواه بالحجة، وإن أقاماها، فإن كان الاختلاف في الأجرة فبينة المؤجر أولى لأنها تثبت الزيادة، وإن كان في المنفعة فبينة المستأجر كذلك، وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل أن يدعي هذا شهراً بعشرين وذاك شهرين بعشر فيقضي بشهرين بعشرين، وإن عجزا تحالفا وترادّا في الأول لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر، والإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ، فإن وقع الاختلاف في الأجرة بدىء بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الزيادة. فإن قيل: كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب أوّلاً على الآجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده. أجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو الأسبق إنكاراً فيبدأ به، وإن لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف، وإن وقع الاختلاف في المنفعة بدىء بيمين الآجر لذلك، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستأجر. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على أصلهما، وكذا على أصل محمد، لأن فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الإجارة. أما المعقود عليه وهو المنفعة فلأنه عرض لا يبقى زمانين وأما ما يقوم مقامه فلأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما أن لا عقد بينهما لانفساخه من أصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ، وإذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه، وفي الثالث يتحالفان، وفسخ العقد فيما بقي لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها، فكان الاختلاف بالنسبة إلى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف. وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء، ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق، بخلاف البيع لأن العقد ينعقد فيه دفعة واحدة، فإن تعذر في البعض تعذر في الكل. قال: **(وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة الخ)** إذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة، وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة، وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع، والجامع بينهما أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره

قوله: **(إلا إذا كان الرجل صائغاً الخ)** أقول: قال الزيلعي: إلا إذا كان الزوج يبيع هذه الأشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين انتهى، بل يكون القول قوله مع يمينه، ثم قال الزيلعي: وكذا إذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قوله في ذلك انتهى. بل يكون القول قولها مع يمينها قوله: **(لأن المراد به ما هو بالاستعمال الخ)** أقول: فيه تأمل، فإنا لم نشاهد الاستعمال في متاع البيت

وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد، بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة **(فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما)** لأن اليد للحيّ دون الميت، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها، والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز

ذكر أحوال إقامة البينة **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن اختلفا بعد الاستيفاء)** أي بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه **(لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر، وهذا)** أي عدم التحالف هاهنا **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما)** وقد هلك المعقود عليه هاهنا بعد الاستيفاء لأنه المنفعة وهي عرض والعرض لا يبقى زمانين **(وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له)** أي للمبيع **(قيمة تقوم مقامه)** لأن العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها **(فيتحالفان عليها)** أي فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة **(ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد)** بناء على أن فائدة التحالف هي الفسخ **(فلا قيمة)** أي للمعقود عليه **(لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد)** أي بل تتقوم بالعقد **(وتبين أنه لا عقد)** أي وتبين بحلفهما أنه لا عقد بينهما لانفساخه من الأصل، فظهر حينئذ أنه لا قيمة للمنفعة، وإذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف **(وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه)** أي هو الذي استحق عليه، ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه، كذا في الكافي **(وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأن العقد)** أي عقد الإجارة **(ينعقد ساعة فساعة)** على حسب حدوث المنفعة **(فيصير)** أي العقد **(في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها)** أي على كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة إليه قبل استيفاء المعقود عليه، وفيه التحالف. وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه، والقول قول المستأجر بالاتفاق كما مر آنفاً **(بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل)** ضرورة **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة)** والقول للعبد مع يمينه، كذا في الكافي وغيره **(وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة، وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع، والجامع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه)** أي على المولى **(عند أداء القدر**

العبد، والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره، فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن فيتحالفان. ولأبي حنيفة أن الكتابة عقد معاوضة وجب به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة، وإنما ينقلب مقابلاً للعتق عند الأداء، وهذا لأن البدل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة، فلو كان البدل مقابلاً للرقبة للحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فإن المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه، وليس كذلك فتعين أن يكون للحال مقابلاً لليد ثم ينقلب مقابلاً للعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير لأن العبد لا يدعي شيئاً بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة، والقول قول المنكر. قال: **(وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت الخ)** إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل، لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجزة، وهي ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة، سميت بذلك لأنها تقي الخمار، وكالملحفة فهي للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها. قال

أيضاً بل استدللنا على الاستعمال بالصلاحية مع أن المرأة وما في يدها في يد الزوج وهناك الآلات في أيديهما على السواء. ثم اعلم أن الضمير في به في قوله لأن المراد به راجع إلى الاختصاص في قوله ولم يرجع بالاختصاص.

وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر **(والطلاق والموت سواء)** لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد: **(ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته)** لما قلنا لأبي حنيفة: **(والطلاق والموت سواء)** لقيام الوارث مقام المورّث **(وإن كان أحدهما مملوكاً فالمتاع**

الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا) أي المتبايعان **(في الثمن، ولأبي حنيفة أن البدل)** أي بدل الكتابة **(مقابل بفك الحجر)** لأن الكتابة عقد معاوضة، وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب أن يثبت للعبد أيضاً شيء وما ذاك إلا فكّ الحجر **(في حق اليد والتصرف للحال)** اللام في للحال متعلق بمقابل أي مقابل للحال **(وهو)** أي فك الحجر في حق اليد والتصرف **(سالم للعبد)** لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة **(وإنما ينقلب)** أي بدل **(مقابلاً بالعتق عند الأداء)** أي عند أداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه **(فقبله)** أي قبل الأداء **(لا مقابلة)** أي لا مقابلة بالعتق وإلا لعتق قبل الأداء وليس كذلك قطعاً. وكان هذا نظير إجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الإجارة أصلاً ثم ينتقل منها إلى المنفعة وهي المطلوبة آخراً، فكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف أصلاً في ابتداء العقد، ثم عند الأداء جعلنا العتق أصلاً وانتقل من فك الحجر إلى العتق، كذا في النهاية والكفاية **(فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير)** يعني إذا كان ما يقابل البدل في الحال سالماً للعبد فقد بقي أمرهما اختلافاً في قدر البدل لا غير **(فلا يتحالفان)** لأن العبد لا يدعي شيئاً على المولى، بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه، وإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته لأنه نوّر دعواه بها، وإن أقاما البينة كانت بينة المولى أولى لأنها تثبت الزيادة، إلا أنه إذا أدّى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لأنه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه إن أدّى خمسمائة يعتق، ولا يمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه، وكما لو استحق بدل الكتابة فإن الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل، كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل)** أي مع اليمين، وكذا في جانب المرأة،كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الإمام قاضيخان والإمام التمرتاشي **(كالعمامة)** والقلنسوة والقباء والكتب والقوس والدرع والمنطقة ونحوها **(لأن الظاهر شاهد له)** وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر **(وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية)** والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها **(لشهادة الظاهر لها)** قال الإمام التمرتاشي: إلا إذا كان الرجل صانعاً وله أساور وخواتيم النساء والحليّ والخلخال وأمثال ذلك، فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها، وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال، كذا في الشروح وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والأمتعة والعقار ونحوها **(فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج)** لأنه قوام عليها والسكنى تضاف إليه **(والقول في الدعاوى لصاحب اليد)** ألا يرى أنه لو تنازع اثنان في شيء وهو في يد أحدهما كان القول قوله كذا هنا **(بخلاف ما يختص بها)** أي بالنساء **(لأنه يعارضه)** أي يعارض ظاهر الزوج باليد **(ظاهر أقوى منه)** وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا

الإمام التمرتاشي إلا إذا كان الرجل صائغاً وله أساور وخواتيم النساء والحليّ والخلخال وأمثال ذلك، فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها، وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال **(وما يصلح لهما كالآنية)** والذهب والفضة والأمتعة والعقار **(فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد)** بخلاف ما يختص بها لأنه يعارض ظاهر الزوج باليد **(ظاهر أقوى منه)** وهو يدّ الاختصاص بالاستعمال، فإن ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال، وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء، فإذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال. ويندفع بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف في آلات الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا، ولم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبه، ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها

للحر في حالة الحياة) لأن يد الحرّ أقوى **(وللحيّ بعد الممات)** لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض

في ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فإن اللابس أولى، كذا في الكافي وغيره. قال صاحب العناية: وينتقض بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف في آلات الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا، ولم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال، ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى. أقول: فيه كلام، وهو أن مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج والمرأة مشاهداً فيما نحن فيه، مع أن الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب؛ وفي سائر المعتبرات أن مجرد الصلاحية لأحدهما كاف في الترجيح وإن لم نشاهد استعماله **(ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة)** أي لا فرق بينهما فيما مر من الجواب، ثم إن ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت أحدهما **(فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما)** أيهما كان **(لأن اليد للحيّ دون الميت)**أي لا يد للميت **(وهذا الذي ذكرناه)** يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل **(قول أبي حنيفة)** لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة، فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك، كذا في العناية **(وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها)** وهذا الذي ذكره أبو يوسف في المشكل، وأما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها، هكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير، وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول أبي يوسف هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل، وكان من حقه أن يقول: وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل. وقال أبو يوسف: يدفع للمرأة ما يجهز به مثلها، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(والباقي)** أي من المشكل **(للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز)** تعليل لقوله يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها **(وهذا أقوى)** أي هذا الظاهر، وهو أن المرأة تأتي بالجهاز ظاهر قوي لجريان العادة بذلك **(فيبطل به ظاهر يد الزوج)** وهو يده **(ثم في الباقي لا معارض لظاهره)** أي لظاهر الزوج **(فيعتبر)** وقوله ثم في الباقي إلى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه **(والطلاق والموت سواء)** أي عند أبي يوسف **(لقيام الورثة مقام مورثهم. وقال محمد: ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يكون لهما فهو للرجل)** أي إن كان حياً **(أو لورثته)** إن كان ميتاً **(لما قلنا لأبي حنيفة)** من الدليل وهو أن

بينهما نصفين **(ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة، فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما)** أيهما كان **(لأن اليد للحيّ دون الميت، وهذا الذي ذكرناه)** يعني من حيث الجملة لا التفصيل **(قول أبي حنيفة)** لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة، فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك، وعلى هذا قوله: **(وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها)** معناه مما يصلح لها **(والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا)** ظاهر **(أقوى)** لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج، وأما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبراً **(والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم. وقال محمد: ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يصلح لهما فهو للرجل إن كان حياً أو لورثته)** إن كان ميتاً **(لما قلنا لأبي حنيفة)** من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد، وهذا بالنسبة إلى الحياة، وأما بالنسبة إلى الممات فقوله: **(والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث، وإن كان أحدهما مملوكاً فالمتاع للحرّ في حال الحياة لأن الحرّ أقوى)** لكون اليد يد نفسه من وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى، ولهذا قلنا في الحرّين: فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوّة يده فيه، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك **(وللحيّ)** منهما **(بعد**

قوله: **(فلا تعارض بينهما)** أقول: ينبغي أن يخص بالمشكل وألا ينتقض بما لا يصلح للمرأة.

(وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات.

المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد، وهذا بالنسبة إلى الحياة. وأما بالنسبة إلى الممات فقوله **(والطلاق والموت سواء لقيام الوارث قام المورث)** وذكر في الفوائد: محمد يقول: ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاؤه في ماله؛ فكما أن في المشكل القول قوله في حياته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته، وأبو حنيفة يقول: يد الباقي منهما إلى المتاع أسبق، لأن الوارث إنما يثبت يده بعد موت المورث، وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظراً إلى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لأن يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث، فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهما، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وإن كان أحدهما)** أي أحد الزوجين **(مملوكاً)** أي سواء كان محجوراً أو مأذوناً له أو مكاتباً **(فالمتاع للحرّ في حالة الحياة لأن يد الحرّ أقوى)** لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى، ولهذا قلنا في الحرّين، فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوّة يده فيه، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك، كذا في العناية **(وللحيّ بعد الممات)** أي والمتاع للحيّ بعد الممات حرّاً كان الميت أو مملوكاً، هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير. وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة وللحرّ بعد الممات. ثم قال شمس الأئمة: وقع في بعض النسخ: للحيّ منهما وهو سهو، كذا في الشروح. واختار المصنف مختار العامة واستدل عليه بقوله **(لأنه لا يد للميت فخلت يد الحيّ عن المعارض)** فكان المتاع له **(وهذا)** أي ما ذكر من جواب المسألة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب **(عند أبي حنيفة وقالا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحرّ لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات)** ولهذا لو اختصم الحرّ والمكاتب في شيء هو في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد، ولو كانت في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه، فكما لا يترجح الحرّ بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت. والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه، والحرّ في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما. كذا في العناية.

الممات) حرّاً كان أو مملوكاً، هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير. وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة: وللحرّ بعد الممات. ثم قال شمس الأئمة: وقع في بعض النسخ للحيّ منهما وهو سهو، والمصنف اختار اختيار العامة، واستدل بقوله: **(لأنه لا يد للميت فخلت يد الحيّ عن المعارض، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحرّ لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات)** ولهذا لو اختصم الحرّ والمكاتب في شيء في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد، ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه، فكما لا يترجح الحرّ بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت. والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحرج في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما.

فصل فيمن لا يكون خصماً

(وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي) وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة. وقال ابن

فصل فيمن لا يكون خصماً

لما ذكر أحكام من يكون خصماً شرع في بيان من لا يكون خصماً لمناسبة المضادة بينهما، وقدم الأول لكون ذكره العمدة في المقام لأن الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة. وأما ذكر الثاني فليتضح به الأول، إذ الأشياء تتبين بأضدادها. فإن قيل: الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصماً أيضاً. قلنا: نعم، لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي **(وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي)** هذا لفظ القدوري: يعني إذا ادعى رجل عيناً في يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه الذي هو ذو اليد هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي. قال المصنف **(وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة)** أي إذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي أيضاً. وقال في النهاية: وكذا إذا قال المدعى عليه إنه عارية عندي أو من ما أشبه ذلك، كذا في الذخيرة انتهى **(لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة)** تعليل لمجموع المسائل المذكورة: يعني أن المدعى عليه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم. قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد ذكر هذا الدليل: فصار كما إذ أقرّ المدعي بذلك أو أثبت ذو اليد إقراره به، ثم قال: والشرط إثبات هذه الأشياء دون الملك، حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الأشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى **(وقال ابن شبرمة: لا تندفع)** أي الخصومة وإن أقام البينة على ما قال **(لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه)** أي عن الغائب لأن الغائب لم يوكله بإثبات الملك له: يعني أن ذا اليد أثبت ببينته الملك للغائب وإثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر، إذ لا ولاية لأحد في إدخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه **(ودفع الخصومة بناء عليه)** أي على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر **(قلنا)** أي في الجواب عما قاله ابن شبرمة **(مقتضى البينة شيئان)** أحدهما **(ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت، و)** ثانيهما

فصل فيمن لا يكون خصماً

أخر ذكر من لا يكون خصماً عمن يكون خصماً لأن معرفة الملكات قبل معرفة الإعدام. فإن قيل: الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصماً أيضاً. قلت: نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي. قال: **(وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه الخ)** إذا ادعى عيناً في يد رجل أنها ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه أو آجرنيه أو أعارنيه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي. وقال ابن شبرمة: لا تندفع وإن أقامها. وقال ابن أبي ليلى: تندفع بمجرد الإقرار. وقال أبو يوسف: وإن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وإن كان محتالاً لكما قال ابن شبرمة: ثم إذا شهد الشهود فإما أن يقولوا أودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه، أو رجل مجهولاً لا نعرفه، أو رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه؛ ففي الفصل الأول تقبل شهادتهم، وفي الثاني لا تقبل بالإتفاق، والثالث كالثاني عند محمد وكالأول عند أبي حنيفة، وهذه خمسة أقوال فلهذ لقبت المسألة بمخمسة كتاب الدعوى، وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفاً. وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أوّلاً أن المدعى عليه أثبت ببينة أن يده ليست يد خصومة، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم. ووجه قول ابن شبرمة أنه أثبت ببينة الملك للغائب، وإثبات الملك للغائب بدون خصم

فصل فيمن لا يكون خصماً

قوله: **(لا من حيث القصد الأصلي)** أقول: كما يشهد العنوان.

شبرمة: لا تندفع الخصومة لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه. قلنا: مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت، ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل، ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى

(دفع خصومة المدعي وهو) أن المدعى عليه **(خصم فيه فيثبت)** أي فيثبت دفع الخصومة في حقه، وبناء الثاني على الأول ممنوع لانفكاكه عنه، وقد أشار إليه بقوله **(وهو كالوكيل بنقل المرأة)** أي إلى زوجها **(وإقامتها)** عطف على الوكيل أي وإقامة المرأة **(البينة على الطلاق)** يعني أن ما نحن فيه نظير ما إذا وكل وكيلاً بنقل امرأته إليه فأقامت المرأة بينة أن الزوج طلقها فإن بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها، ولا تقبل في وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب **(كما بيناه من قبل)** أي في باب الوكالة بالخصومة والقبض، فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه، ولا تقبل في إثبات الملك للغائب، وهذا لأن مقصود المدعى عليه بإقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب، إنما مقصوده بها إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة، وفي هذا المدعي خصم له فيجعل إثباته عليه بمنزلة إقرار خصمه بذلك **(ولا تندفع)** أي الخصومة **(بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى)** فإنه قال باندفاعها بمجرد إقرار المدعى عليه للغائب بدون إقامة البينة. وجه قوله إن ذا اليد أقرّ بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق بنفسه لخلوّه عن التهمة، فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة. ووجه الجواب عنه ما ذكره المصنف بقوله **(لأنه)** أي ذا اليد **(صار خصماً بظاهر يده)** ولهذا كان للقاضي إحضاره وتكليفه بالجواب **(فهو بإقراره يريد أن يحوّل حقاً مستحقاً على نفسه)** فهو متهم في إقراره **(فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادّعى تحوّل الدين من ذمته إلى ذمة غيره)** بالحوالة فإنه لا يصدق هناك فكذا هنا. لا يقال: يلزم إثبات إقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لأنا نقول البينة لإثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعي لا لإثبات الإقرار، كذا في العناية. واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وهو غير معهود في الشرع حيث قال: قد سبق في أوّل كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت في العقار إلا بالبينة، ولا يعتبر إقرار المدعى عليه باليد انتهى. أقول: هذا ليس بشيء، إذ ليس مراد صاحب العناية أن عدم اعتبار إقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع. كيف ولا يخفى على مثله أن عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعلل شتى، كعدم اعتبار

متعذر إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه، ودفع الخصومة بناء على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر. والجواب أن مقتضى هذه البينة شيئان: ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت، ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه، وبناء الثاني على الأول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة إلى زوجها إذا أقامت البينة على الطلاق فإنها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر. ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه بإقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب إنما مقصوده إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنياً ولا معتبر به. ووجه قول ابن أبي ليلى إن ذا اليد أقرّ بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق لنفسه فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة. والجواب أنه صار خصماً بظاهر يده وبإقراره، يريد أن يحوّل حقاً مستحقاً على نفسه فهو متهم في إقراره فلا يصدق إلا بحجة، كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره بالحوالة فإنه لا يصدق إلا بحجة لا يقال: يلزم إثبات إقرار نفسه

قوله: (وقال ابن شبرمة، إلى قوله: وقال ابن أبي ليلى) أقول: في القاموس الشبرمة بالضم: السنورة وما انتثر من الحبل والغزل انتهى. قال العلامة الإتقاني: ابن أبي ليلى وابن شبرمة من فقهاء التابعين بالكوفة، ولد عبد الله بن شبرمة سنة اثنتين وسبعين من الهجرة ومات سنة أربع وأربعين ومائة، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى قاضي الكوفة ولد سنة أربع وسبعين ومات سنة ثمان وأربعين ومائة، كذا في كتاب طبقات الفقهاء انتهى قوله: **(وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة الخ)** أقول: يعني الإيداع والرهن والغصب والإجارة والإعارة قوله: **(وجه ظاهر الرواية الخ)** أقول: فيه أنه لم يتبين مما ذكره رواية غير ظاهرة عن أصحابنا. نعم ما ذكر عن أبي يوسف خلاف ظاهر الرواية عنه، نبه عليه في النهاية وغيره، فكان الأليق بهذا الشارح أن ينبه أيضاً قوله: **(وبناء الثاني على الأول ممنوع الخ)** أقول: فيما إذا كان المدعي وقفاً على أحد الفريقين أو مشرياً بالخيار ولا خيار للبائع فأقام ذو اليد البينة على أن المتولي أو المشتري أودعه قوله:

لأنه صار خصماً بظاهر يده، فهو بإقراره يريد أن يحوّل حقاً مستحقاً على نفسه فلا يصدق إلا بالحجة، كما إذا ادعى تحوّل الدين من ذمته إلى ذمة غيره. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلناه، وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره، فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله. **(ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه**

إقرار المريض للوارث، وعدم اعتبار إقراره بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة، وكعدم اعتبار إقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالأخ والعم، وكعدم اعتبار إقرار المرأة بالولد أيضاً إلى غير ذلك، وإنما مراده أن إثبات إقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار إثبات المقرّ إقرار نفسه بالبينة لأن إثبات اليد بالبينة في دعوى العقار إنما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقرّ **(وقال أبو يوسف آخراً إن كان الرجل صالحاً فالجواب)** أي جواب المسألة **(كما قلناه)** أي تندفع عنه الخصومة بإقامة البينة **(وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة)** وإن أقام البينة كما قال ابن شبرمة **(لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله)** سرّاً **(إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود)** علانية **(فيحتال لإبطال حق غيره)** أي يكون مقصوده من ذلك الإضرار بالمدعي ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة **(فإذا اتهمه القاضي به)** أي بالاحتيال **(لا يقبله)** أي لا يقبل ما صنعه. قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: ما ذهب إليه أبو يوسف استحسان ذهب إليه بعد ما ابتلي بالقضاء لأنه مارس القضاء فوقف على أحوال الناس ما لم يعرفه غيره، وما قالاه قياس لأن البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز إبطالها بمجرد الوهم، كذا في غاية البيان. واعلم أن هذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه وإليه أشار بقوله هذا الشيء أودعنيه، فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج، وأما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة وإن أقام البينة لأنه إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصماً بظاهر اليد لأنه دليل الملك، إلا أنه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل، وأما إذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصماً للمدعي بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة، على أن العين كانت في يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة، كذا في العناية وكثير من الشروح. ثم إن الذي ذكر في الكتاب إذا قال الشهود أودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه **(ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه)** أي أصلاً لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه **(لا تندفع عنه الخصومة)** أي بالإجماع، كذا في الكافي والشروح، والظاهر أن مرادهم

ببينة. وهو غير معهود في الشرع لأنها لإثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعي لا لإثبات الإقرار. ووجه قول أبي يوسف أن المحتال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سرّاً إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لإبطال حق غيره، فإذا اتهمه القاضي به لا يقبلها. وأما كوجه الفصل الأول فلأنه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها. وأما الفصل الثاني فله وجهان: أحدهما احتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه. والثاني: أنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعي اتباعه، فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي. وأما الفصل الثالث: فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني، وهو قوله ما أحاله إلى معين إلى آخره، فصار بمنزلة ما لو قال أودعه رجل لا نعرفه، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه قال لرجل: أتعرف فلاناً؟ قال نعم، فقال: هل تعرف اسمه ونسبه؟ فقال لا، فقال: إذاً

(كالوكيل بنقل المرأة الخ) أقول: في صلاح السند للسندية كلام لا يخفى لعدم ممانعته للمقدمة الممنوعة. وجوابه أنه تنظير لا تمثيل للانفكاك الظاهر فليتأمل قوله: **(ولئن سلمنا البناء الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(لكن مقصود المدعى عليه، إلى قوله: ولا معتبر به)** أقول: فقوله إثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر الخ. إن أريد إثبات الملك له قصداً فمسلم ولا يضرنا، وإن أريد إثباته ضمناً فلا نسلمه. ثم المراد من الضمني خلاف القصدي، والمراد بذلك في قوله فيكون ذلك ضمنياً الخ إثبات الملك للغائب فحصل المعنى فيكون إثبات الملك للغائب ضمنياً ولا معتبر به قوله: **(وهو غير معهود في الشرع)** أقول: قد سبق في أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت في العقار إلا بالبينة، ولا يعتبر إقرار المدعى عليه باليد.

الخصومة) لاحتمال أن يكون الموِدع هو هذا المدعي، ولأنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعي اتباعه، فلو اندفعت لتضرّر به المدعي، ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني، وعند

بالإجماع هاهنا إجماع أئمتنا الثلاثة أو إجماع ما عدا ابن أبي ليلى، فإن شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر. قال المصنف في تعليل المسألة **(لاحتمال أن يكون الموِدع هو هذا المدعي)** حيث لم يعرفوه **(ولأنه)** أي ذا اليد **(ما أحاله)** أي ما أحال المدعي **(إلى معين يمكن للمدعي اتباعه، فلو اندفعت)** أي الخصومة **(لتضرّر به المدعي)** أقول: في تعليله الثاني قصور: أما من حيث اللفظ فلأنه أضمر فيه المدعي أولاً حيث قال ما أحاله وأظهره ثانياً حيث قال يمكن للمدعي اتباعه. ولا يخفى على من له معرفة بأساليب الكلام سماجة ذلك، وكون الوجه إما العكس وإما الإضمار في المقامين. وأما من حيث المعنى فلأنه جعله دليلاً مستقلاً على المسألة الإجماعية، مع أنه منقوض على قول أبي حنيفة وأبي يوسف بالمسألة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه، فإن الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر. وكأن الإمام الزيلعي تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلاً واحداً حيث قال في تعليل هذه المسألة في التبيين: لأنهم ما أحالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته، ولعل المدعي هو ذلك الرجل، فلو اندفعت لبطل حقه انتهى. ثم إن الظاهر كأن يقول المصنف أيضاً لأنهم ما أحالوه بدل قوله لأنه ما أحاله لأن المسألة في أن لا يعرفه الشهود لا في أن لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى. وتوجيه ما قاله المصنف أن شهادة الشهود لما كانت لأجل ذي اليد نسب حالهم إليه، ويحتمل أن يكون الضمير البارز في قوله لأنه والضمير في قوله ما أحاله راجعين إلى الشهود بتأويل من شهد **(ولو قالوا)** أي الشهود **(نعرفه)** أي الرجل الذي أودعه **(بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه، فكذا الجواب)** أي جواب المسألة **(عند محمد للوجه الثاني)** وهو قوله ولأنه ما أحاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه قال لرجل: تعرف فلاناً؟ قال نعم، فقال: هل تعرف اسمه ونسبه؟

لا تعرفه» ووجه قول أبي حنيفة أن المدعى عليه أثبت ببينة أن العين وصلت إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين حينئذ أن المودع غير المدعى عليه، فإذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود، والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفاً تاماً إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت **(قوله والمدعي هو الذي أضرّ بنفسه)** جواب عن قول محمد: لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي. ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعي إنما لحقه من نفسه **(حيث نسي خصمه)** أو من جهة شهود المدعي عليه وذلك لا يلزمه، وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كان العين قائمة في يد المدعى عليه، وإليه أشار بقوله هذا الشيء أودعنيه، فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج، وأما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة وإن أقاما البينة لأنها إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصماً بظاهر اليد لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل، وأما إذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة، فالمدعى عليه ينتصب خصماً للمدعي بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت في يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة. قال: **(وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم الخ)** وإذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً، وإن قال المدعي غصبت هذا العين مني أو سرقته مني وأقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لأنه صار خصماً بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد، وفعله لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال: إنه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه، بخلاف دعوى الملك المطلق فإن ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدوى على غير ذي اليد، ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصماً وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصماً، وبإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصماً. وإن قال المدعي سرق مني وأقام ذو اليد البينة على أن فلاناً أودعه لم تندفع الخصومة عند أبي حنيفة وأبي

أبي حنيفة تندفع لأنه أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه، **بخلاف الفصل الأول** فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود، والمدعي هو الذي أضرّ بنفسه حيث نسي خصمه أو أضرّه شهوده، وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الأقوال الخمسة **(وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم)** لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً **(وإن قال المدعي غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة، وإن أقام ذو اليد البينة**

فقال: لا، فقال إذاً لا تعرفه[1] ومن حلف لا يعرف فلاناً وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث، كذا في الكافي والشروح **(وعند أبي حنيفة تندفع لأنه)** أي المدعى عليه **(أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره)** أي غير المدعي **(حيث عرفه الشهود بوجهه)** فحصل العلم بيقين أن المودع غير هذا المدعي **(بخلاف الفصل الأول)** وهو ما إذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه أصلاً **(فلم تكن يده)** أي لم تكن يد المدعى عليه في الفصل الثاني **(يد خصومة)** لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ **(وهو المقصود)** أي لا تكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد أفادته الشهادة، والحديث المارّ يدل على نفي المعرفة التامة، وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفاً تاماً، إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت **(والمدعي هو الذي أضرّ بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده)** أي شهود المدعى عليه وهو ذو اليد، وهذا جواب عن قول محمد فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي، ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعي إنما لحقه من جهة نفسه حيث نسي خصمه، أو من جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذي اليد **(وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى)** أي هذه المسألة من بين مسائل الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى، إما لأن فيها خمسة أقوال كما أشار إليه بقوله **(وذكرنا الأقوال الخمسة)** وهي قول ابن شبرمة، وقول ابن أبي ليلى، وقول أبي يوسف، وقول محمد، وقول أبي حنيفة رحمهم الله؛ وإما لأن فيها خمس صور وهي: الإيداع، والإعارة، والإجارة، والرهن، والغصب كما ذكروه أيضاً **(وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم)** هذا لفظ القدوري: يعني إن قال المدعى عليه اشتريت هذا الشيء من الغائب فهو خصم المدعي **(لأنه)** أي المدعى عليه **(لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً)** كما لو ادعى ملكاً مطلقاً **(وإن قال المدعي غصبته مني)** أي غصبت هذا الشيء مني **(أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة، لأنه)** أي لأن ذا اليد **(إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه)** أي بدعوى المدعي الفعل وهو الغصب أو السرقة على ذي اليد **(لا بيده)** أي لم يصر ذو اليد في دعوى الفعل خصماً بيده، ثم إن فعل ذي اليد لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال: إنه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه **(بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه)** أي ذا اليد **(خصم فيه)** أي في دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء **(باعتبار يده حتى لا تصح دعواه)** أي دعوى الملك المطلق **(على غير ذي اليد)** ويده مترددة

يوسف وهو استحسان. وقال محمد: تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله. ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءاً للحد عنه شفقة عليه. فإن قيل: إذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعيب عليه وفي ذلك جعله سارقاً فما وجه الدرء حينئذ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً وقضى عليه بتسليم بالعين إلى المدعي إن ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم يجعله سارقاً اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعيب للمدعي، فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده

قال المصنف: **(أو أضربه شهوده)** أقول: أي شهود المدعي، فالإضافة للملابسة أو شهود المدعى عليه ولا يخلو عن البعد قوله: **(لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره)** أقول: الضمير في قوله غيره راجع إلى الملك قوله: **(ولهذا صحت الدعوى)** أقول: أي دعوى الفعل.

(١) غريب مرفوعاً. وقد ورد نحوه عن عمر موقوفاً. وفيه قال للرجل: أتعرفه. قال: نعم. قال: هل سافرت معه؟ قال: لا. قال: هل عاملته بالدينار، والدرهم؟ قال: لا قال: إذاً لا تعرفه. قلت: فحديث الباب غريب، ومعرفة الاسم، والنسب لا يكفي فتنبه.

على الوديعة) لأنه إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه لا بيده، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل **(وإن قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة)** وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان. وقال محمد: تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله. ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءاً للحد شفقة عليه وإقامة لحسبة السر فصار كما إذا قال

بين أن يكون له فيكون خصماً وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصماً، وبإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصماً **(ويصح دعوى الفعل)** أي يصح دعوى الفعل على غير ذي اليد كما يصح دعواه على ذي اليد **(وإن قال المدعي سرق مني)** أي إن قال المدعي سرق مني هذا الشيء على صيغة المجهول **(وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة)** أي على أن فلاناً أودعه إياه **(لم تندفع الخصومة)** هذا أيضاً لفظ القدوري. قال المصنف: **(وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان. وقال محمد: تندفع)** أي الخصومة وهو القياس **(لأنه)** أي المدعي **(لم يدع الفعل عليه)** أي على ذي اليد **(فصار كما إذا قال)** أي المدعي **(غصب مني على ما لم يسمّ فاعله)** يعني أن التجهيل أفسد دعوى السرقة فبقي دعوى الملك فتندفع الخصومة بإثبات الوديعة، كما لو جهل الغصب وقال غصب مني على ما لم يسم فاعله وأقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فإنه تندفع الخصومة هناك فكذا هنا، كذا في غاية البيان **(ولهما)** أي لأبي حنيفة وأبي يوسف **(أن ذكر الفعل)** وهو السرقة **(يستدعي الفاعل لا محالة)** لأن الفعل بدون الفاعل لا يتصور **(والظاهر أنه)** أي الفاعل **(هو الذي في يده إلا أنه)** أي المدعي **(لم يعينه)** أي لم يعين الفاعل **(درءاً للحد شفقة عليه)** أي على ذي اليد **(وإقامة لحسبة الستر)** أي لأجل الستر. قال صاحب العناية: فإن قيل: إذا لم تندفع الخصومة فربما يقضي بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقاً فما وجه الدرء حينئذ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً وقضي عليه بتسليم العين إلى المدعي، إن ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم يجعل سارقاً اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي، فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل أن يصل العين إلى المالك، فكان في جعله سارقاً احتيالاً للدرء انتهى. أقول: في كل واحد من السؤال والجواب نظر. أما في السؤال فلأنه إن أراد بقوله وفي ذلك جعله سارقاً أن في ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع، وإنما هو عند تعيين كونه السارق، وإن أراد به أن في ذلك مجرد جعله خصماً في دعوى كون ذلك الشيء مسروقاً من المدعي فهو مسلم، لكن لا وجه حينئذ لقوله ما وجه الدرء حينئذ إذ وجهه حينئذ ظاهر وهو سقوط القطع بعدم التعيين لشبهة كون السارق غيره؟ وأما في الجواب فلأن مقتضاه أن جعل ذي اليد خصماً والقضاء عليه بتسليم العين إلى المدعي في مسألتنا هذه إنما كان لأجل الاحتيال لدرء الحد، وأن الاحتيال لدرئه إنما نشأ من قبل الشرع لا من قبل المدعي، وهذا مع كونه مخالفاً لمقتضى الدليل المذكور في الكتاب كما ترى غير تام في نفسه، لأن ظهور سرقة ذي اليد بعد ذلك بيقين أمر موهوم وخروج العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها أمر محق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما إذا اعترف بأنها ملك الغير أودعها عنده، فإن إتلاف مال أحد لدفع ضرر موهوم عن آخر غير معهود في الشرع **(فصار)** أي فصار ما إذا قال سرق بصيغة المجهول **(كما إذا قال سرقت)** بالتعيين والخطاب **(بخلاف الغصب)** أي بخلاف ما إذا قال غصب مني بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة بإثبات الوديعة بالاتفاق **(لأنه لا حدّ فيه)** أي في الغصب

لظهورها قبل أن تصل العين إلى المالك، فكأن في جعله سارقاً احتيالاً للدرء، بخلاف ما إذا قال غصبت لأنه لا حدّ فيه فلا يحترز عن كشفه، وإن قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال أودعنيه فلان ذلك أسقط الخصومة من غير بينة

سرقت، بخلاف الغصب لأنه لا حدّ فيه فلا يحترز عن كشفه **(وإن قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بينة)** لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلاناً وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها، والله أعلم.

(فلا يحترز عن كشفه) فلم يكن المدعي معذوراً في التجهيل **(ولو قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك)** أي فلان الذي قال المدعي ابتعته منه **(أسقط الخصومة)** أي أسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه **(بغير بينة)** هذا لفظ القدوري. قال المصنف **(لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه)** أي في الشيء المدعي **(لغيره)** أي لغير صاحب اليد **(فيكون وصولها)** أي وصول العين المدعاة، وكان المطابق للضمائر السابقة أن يقول المصنف فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية، ولكنه يشبه أنه قصد التفنن في العبارة **(إلى يد ذي اليد من جهته)** أي من جهة الغير **(فل تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم)** أي المدعي **(البينة أن فلاناً)** أي فلاناً المذكور **(وكله بقبضه)** أي بقبض الشيء المدعي **(لأنه)** أي المدعي **(أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها)** أي بإمساك العين المدعاة كأنه قصد التفنن هاهنا أيضاً حيث قال أوّلاً بقبضه بالتذكير، وثانياً بإمساكها بالتأنيث.

لتوافقهما على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم المدعي البينة أن فلاناً وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته أنه أحق بإمساكه.

قوله: **(أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً الخ)** أقول: بأن جعل سارقاً، ثم أقول: فيه بحث، فإنه إن أراد أن في ذلك جعله سارقاً في حق توجه الخصومة فمسلم ولا يلزم منه القطع، وإن أراد أن فيه جعله سارقاً في حق القطع فليس كذلك، وإنما يلزم ذلك أن لو قال المدعي سرقته ولما قال سرق على بناء المجهول وشهد شهوده كذلك لم يظهر كون ذو اليد سارقاً لاحتمال كون السارق غيره وابتياع ذي اليد منه والحدود تندرىء بالشبهات فحينئذ لا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع أن فيه ما لا يخفى قوله: **(إن ظهرت سرقته)** أقول: أي سرقة العين بإقرار ذي اليد أو غيره قال المصنف: **(إلا أن يقيم البينة أن فلاناً وكله)** أقول: فإن قيل: يلزم حينئذ الحكم على الغائب بأنه وكله. قلنا: لا محذور فيه، فإن ما يدعي على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعي على الحاضر وهو التسليم، وقد مر قبيل باب التحكيم أنه يجوز فراجعه.

باب ما يدعيه الرجلان

قال: (**وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضي بها بينهما**) وقال الشافعي في قول: تهاترتا، وفي قول يقرع بينهما، لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار إلى القرعة «لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال: اللهم

باب ما يدعيه الرجلان

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين بعد الواحد (**قال**) أي القدوري في مختصره (**وإذا ادعى اثنان عيناً في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها**) أي العين (**له وأقاما البينة**) أي على ما ادعاه (**قضى بها بينهما**) أي نصفين، وإنما وضع المسألة في دعوى ملك العين لأنهما لو تنازعا في نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة على أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين، لأن الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما البينة فبينة الخارج أولى عندنا. وفي أحد قولي الشافعي: تهاترت البينتان ويكون المدعي لذي اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك. وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق، لأن في المقيد بالسبب المعين أو بالتاريخ تفصيلاً وخلافاً كما سيجيء إن شاء الله تعالى (**وقال الشافعي**) أي في المسألة التي نحن فيها (**في قول تهاترتا**) أي البينتان: أي تساقطتا وبطلتا، مأخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه، كذا في المغرب (**وفي قول يقرع بينهما**) أي بين المدعيين ويقضي لمن خرجت قرعته (**لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل**) أي في كل العين (**في حالة واحدة وقد تعذر التمييز**) أي بين الصادقة منها والكاذبة فيمتنع العمل بهما (**فيتهاتران**) كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة، وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم، وهذا لأن تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به أولى، كذا في النهاية والكفاية (**أو يصار إلى القرعة «لأنه عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال: اللهم أنت الحكم بينهما»**) روى سعيد بن المسيب «أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله ﷺ وأقاما البينة فأقرع رسول الله ﷺ بينهما وقال: اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته»[1] (**ولنا حديث تميم بن طرفة**) الطائي[2] رواية عن أبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه ذكره أبو داود (**«أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ**

باب ما يدعيه الرجلان

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لأن الواحد قبل الاثنين (**قال: وإن ادعى اثنان عيناً في يد ثالث كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة على ذلك قضي بها بينهما. وقال الشافعي في قول: تهاترتا**) أي تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه (**وفي قول: يقرع بينهما لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة**) والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما، أو يصار إلى القرعة لأنه ﷺ أقر فيه. كروى سعيد بن المسيب: «أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله ﷺ وأقاما البينة، فأقرع رسول الله

باب ما يدعيه الرجلان

قوله: (**بمنزلة الاستحقاق في إيجاب الحق**) أقول: في إيجاب متعلق بقوله بمنزلة قوله: (**ولا نسلم كذب إحداهما بيقين**) أقول: فيه

---

(١) ضعيف، أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/٢٠٣ من حديث أبي هريرة وعبد الرزاق في مصنفه في البيوع وأبو داود في مراسيله كما في نصب الراية ٤/١٠٨ كلاهما عن سعيد بن المسيب مرسلاً. قال الهيثمي: وفيه أسامة بن يزيد القرشي ضعيف. وذكره عبد الحق في أحكامه كما في نصب الراية ٤/١٠٨ وقال: هذا مرسل وضعيف، فإن إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي متروك.

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي ١٠/٢٥٩ وابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع، وكذا عبد الرزاق، والبيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٤/١٠٩ كلهم عن تميم بن طرفة. وقال البيهقي: هذا منقطع اهـ. الزيلعي.

أنت الحكم بينهما» ولنا حديث تميم بن طرفة «أن رجلين اختصما إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام في ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين». وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ، ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن، وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله، وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق. قال: **(فإن**

في ناقة وأقام كل واحد منهم بينة فقضى بها بينهما نصفين»)[1] وعن أبي الدرداء رضي الله تعالى عنه «أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله ﷺ في شيء وأقاما البينة، فقال: ما أحوجكما إلى سلسلة كسلسلة بني إسرائيل، كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم، ثم قضى به رسولنا ﷺ بينهما نصفين»[2] **(وحديث القرعة**[3] **كان في الابتداء ثم نسخ)** هذا جواب عن حديث القرعة: يعني أنه كان في ابتداء الإسلام وقت إباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء؛ فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق، بخلاف قسمة المال المشترك لأن للقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة، وإنما يقرع تطييباً للقلوب، ونفياً لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار، كذا في الكافي وسائر الشروح **(ولأن المطلق)** بكسر اللام أي المجوّز **(للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود)** بفتح الميم **(بأن يعتمد أحدهما سبب الملك)** كالشراء **(والآخر اليد فصحت الشهادتان)** قال صاحب العناية في حل هذا المقام: ولا نسلم كذب إحداهما يقين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى.
أقول: الظاهر من تقريره أنه قد حمل قول المصنف ولأن المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي إن إحدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه أنه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب إليه جمهور المحققين من أن معنى صدق الخبر مطابقته للواقع، ومعنى كذبه عدم مطابقته لأن استحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب إحداهما: أي عدم مطابقتها للواقع متيقن بلا ريب، وما ذكره في معرض السند للمنع لا يجدي طائلاً في دفع هذا

ﷺ بينهما فقال: اللهم إنك تقضي بين عبادك بالحق، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته» ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي «أن رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله ﷺ وأقاما البينة فقضى به رسول الله ﷺ بينهما نصفين» وعن أبي الدرداء رضي الله عنه «أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله ﷺ في شيء وأقاما البينة فقال عليه الصلاة والسلام: ما أحوجكما إلى سلسلة

بحث فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع، وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الأمر من أجل الواضحات فكيف يمنع؟ وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى. والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعاً وهو مفقود هنا وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعاً فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل قوله: **(فكانت الشهادتان صحيحتين)** أقول: يعني شرعاً.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦١٣، ٣٦١٤، ٣٦١٥ والنسائي ٨/٢٤٨ وابن ماجة ٢٣٣٠ والحاكم ٤/ ٩٥ والبيهقي ١٠/ ٢٥٨، ٢٥٩ كلهم من حديث أبي موسى الأشعري. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه وقال المنذري في مختصره: إسناده كلهم ثقات.
تنبيه: وقع للمصنف «رواية عن أبي موسى الأشعري...» الخ. فقد يظن ظان أن تميم الطائي رواه عن أبي موسى، وليس كذلك والأفضل: أن يقال: «وورد من حديث أبي موسى».

(٢) موقوف. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١١٠: رواه إسحاق بن راهويه في مسنده عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: جاء رجلان يختصمان إلى أبي الدرداء في فرس أقال كل واحد البينة أنها نتجت عنده، فقضي بينهما نصفين، ثم قال: ما أحوجكما إلى مثل سلسلة بني إسرائيل كانت تنزل، فتأخذ عنق الظالم».

(٣) وهو المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين) لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك. قال: **(ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما)** لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين، وهذا إذا لم

كما لا يخفى. والوجه عندي أن لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعي ذلك، بل أن يكون مراده به القول بالموجب: أي إثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم. وتقريره أن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد، وكل شهادة لها مطلق كذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع أو لم تطابقه، لأن صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به في الواقع، فإن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل إنما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان **(فيجب العمل بهما ما أمكن)** لأن البينات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما أمكن **(وقد أمكن)** هاهنا **(بالتنصيف إذ المحل يقبله)** أي يقبل التنصيف **(وإنما ينصف لاستوائهما)** أي لاستواء المدعيين **(في سبب الاستحقاق)** وهو الشهادة. فحاصل كلام المصنف هاهنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما، فإنه مما لا يطلع عليه العباد، وأن وجه صحتهما ما ذكره يرشد إليه أنه قال في التفريع: فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان. ثم إن بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب إحداهما بيقين. وأجاب عنه حيث قال: فيه بحث، فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام إحداهما لنفس الأمر من أجلي الواضحات، فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى؟ والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعاً وهو مفقود هاهنا، وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعاً، فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل انتهى. أقول: في الجواب بحث، إذ الظاهر أن مراده بكذبها شرعاً عدم مطابقتها للاعتقاد لأنه هو الذي يمكن أن يراد بلفظ الكذب هاهنا بعد أن يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بموجه لأن كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر، وكذبه عدم مطابقته لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه، وقد أبطله المحققون بإجماع المسلمين على تصديق اليهودي في قوله الإسلام حق مع مخالفته لاعتقاده، وتكذيبه في قوله الإسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده، فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب المزيف ويجعل مبنى الاستدلال أئمتنا في هذه المسألة؟ وأيضاً لو لم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لما ورد في قواعد الشرع من أنه تعمد الكذب ولم يتعمده معنى، لأن الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصوّر بدون التعمد. وأيضاً لا يندفع ما قاله الشافعي بمنع كذب إحدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابق للاعتقاد، إذ يكفي له كذب إحداهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فإن التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة إحداهما للواقع فلم لا يلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب إحداهما بمعنى عدم المطابقة للواقع. والفرق بمجرد إطلاق لفظ الكذب وعدم إطلاقه لا يؤثر في تحقيق معنى المسألة، فإنما هو اعتبار لفظي فلا ينبغي أن يترك به القول المعوّل عليه في معنى الصدق والكذب. ثم إن قوله وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعاً إن أراد به أن يلزم اجتماع إطلاق كل واحد من الشهادتين وتكذيبها

كسلسلة بني إسرائيل، كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم، ثم قضى به رسولنا عليه الصلاة والسلام بينهما نصفين» والجواب عن حديث القرعة أنه كان في الابتداء وقت إباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار، لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في إيجاب الحق لمن خرجت له، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق، ولا نسلم كذب أحدهما بيقين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد، فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن، وقد أمكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلاً وتساويهما في سبب الاستحقاق **(قال فإن ادعى كل واحد منهما نكاح**

تؤقت البينتان، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى **(وإن أقرّت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته)** لتصادقهما **(وإن أقام الآخر البينة قضي بها)** لأن البينة أقوى من الإقرار **(ولو تفرّد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة**

بعينها ممنوع، وإن أراد به أنه يلزم اجتماع إطلاق كل واحد منهما وتكذيب إحداهما لا بعينها فمسلم، لكن لا نسلم المحذور فيه، إذ الكذب بالنسبة إلى كل واحدة منهما بعينها كان محتملاً لا محققاً فتأمل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(فإن ادعى كل واحد منهما)** أي من الرجلين **(نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك. قال: ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين)** وحكي عن ركن الإسلام علي السغدي أنه لا تترجح إحداهما إلا بإحدى معان ثلاث: إحداها إقرار المرأة، والثانية كونها في يد أحدهما، والثالثة دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر البينة أن نكاحه أسبق كذا في الشروح نقلاً عن الخلاصة. قال المصنف **(وهذا)** أي الحكم المذكور **(إذا لم توقّت البينتان، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى)** لما فيه من زيادة الإثبات، كذا في الكافي. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: قوله فصاحب الوقت الأوّل أولى ليس بجلي، لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الأوّل طلقها فتزوّج بها الثاني. والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك، وأيضاً قد ذكرنا آنفاً أن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاينا تقدم الأوّل حكمنا به، فكذا إذا ثبت بالبينة انتهى. أقول: في الجواب الأول نظر، لأنه إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وأقيمت البينة عليها كان صاحب الوقت الثاني أولى قطعاً، وليس مدار السؤال على دعوى أولوية الثاني بل على منع أولوية الأوّل، وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الأول بل يتوجه أيضاً على تقدير دعوى النكاح مطلقاً: أي من غير تقييد بكونه بعد طلاق الأول فيما إذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة لجواز أن الأول طلقها وانقضت عدّتها فتزوّج بها الثاني، كما ذكر في السؤال فلم تثبت الأولوية في الأول مطلقاً. وأما الجواب الثاني فهو وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أن فيه نوع احتياج إلى بيان لمية الحكم بالأول فيما عاينا تقدمه أيضاً مع الاحتمال المذكور، فالأحسن هاهنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال: فإن قلت: أمكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق. قلت: لا يمكن لأن النكاح الثاني يحتمل أن يكون بعد الطلاق ويحتمل أن يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للأول بالشك، ولا يقال: يحمل أمرهما على الصلاح لأن هذا إنما يعتبر في الدفع لا في إبطال حق

امرأة الخ) دعوى نكاح المرأة من رجلين، إما أن تكون متعاقبة أو لا، فإن كان الثاني فلا بينة لهما، فالمرأة إما أن تقرّ لأحدهما أو لا، فإن أقرّت فهي امرأته لتصادقهما، وإن لم تقرّ لم يقض لواحد، وإن كان ثم بينة فمن أقام البينة فهي امرأته وإن أقرّت لغيره لأن البينة أقوى من الإقرار، وإن أقاماها، فإما أن تكون في بيت أحدهما أو دخل بها أولاً؟ فإن كان ذلك فهي امرأته، لأن النقل إلى بيته أو الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده، إلا أن يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فإنها تقبل، لأن الصريح أولى من الدلالة، وإن لم يكن ذلك فمن أثبت سبق التاريخ فهي امرأته، لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، وإن لم يذكرا تاريخاً لم يقض بواحدة منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل للاشتراك، ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما،

قوله: **(وإن أقاماها الخ)** أقول: الأظهر أن يقرر هكذا: وإن أقاماها، فإن أرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى، وإن لم يؤرخا أو استوى تاريخهما، فإن كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان هو أولى، وإن لم يوجد شيء من ذلك يرجع إلى تصديق المرأة، وإنما قلنا الأظهر ذلك لما لا يخفى عليك ما في تقرير الشارح من الانغلاق والانتشار. قال الإتقاني نقلاً عن فصول الاستروشني: وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فصاحب التاريخ أولى اهـ. والظاهر أن يقيد قوله وإن أرخ أحدهما بلا يد ولا إقرار وإلا فصاحب اليد والإقرار أولى قوله: **(فإن كان ذلك فهي امرأته الخ)** أقول: ولا يعتبر قولها وتصديقها قوله: **(وإن لم يكن ذلك)** أقول: معطوف على قوله فإن كان ذلك، وقوله ذلك إشارة إلى قوله فإما أن يكون في بيت أحدهما أو دخل بها قوله: **(وإن لم يذكرا تاريخاً)** أقول: أو استوى تاريخهما قوله: **(والجواب أن ذلك الخ)** أقول: أشار بقوله ذلك إلى قوله لجواز أن الأول طلقها الخ.

وقضى بها القاضي له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه **(إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقاً)** لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين، وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق. قال: **(ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد)** معناه من صاحب اليد وأقاما بينة **(فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن**

الغير وهاهنا الحاجة إلى الإبطال انتهى. **(وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما، فإن أقام الآخر البينة قضي بها لأن البينة أقوى من الإقرار)** إذ البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة. وذكر في نكاح المبسوط: ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي أنها امرأته ويقيم البينة، فإن كانت في بيت أحدهما أو كان دخل بها فهي امرأته لأن البينتين إذا تعارضتا على العقد تترجح إحداهما بالقبض، كما لو ادعى رجلان تلقي الملك في عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى، لأن فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن، والإمكان ثابت هنا بأن يجعل نكاح الذي دخل بها ثابتاً حين دخل، وهذا لأن تمكنه من الدخول بها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده، ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوّجها قبله فحينئذ سقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق، وإن لم تكن في يد أحدهما فأيهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها، لأن شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده، والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو بإقرار الخصم، وإن لم يكن لهما على ذلك بينة فأيهما أقرّت المرأة أنه تزوّجها قبله أو أنه تزوّجها دون الآخر فهي امرأته، إما لأن بينته تترجح بإقرارها له كما بينا في جانب الزوج، أو لأن البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق أحد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما، كذا في النهاية. وأنت تعلم أن هذا بمنزلة الشرح لما في الكتاب، وأنه يظهر منه أن قول القدوري: فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما إذا لم تكن المرأة في بيت أحدهما ولم يكن أحدهما دخل بها. واعلم أن هذا كله إذا كان التنازع حال حياة المرأة، وأما إذا كان بعد وفاتها فهو على وجوه ولا يعتبر فيه الإقرار واليد، فإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر، وإن لم يؤرّخا أو أرّخا على السواء فإنه يقضي بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد. فرّق بين الدعوى حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة. والفرق أن المقصود في حال الحياة هي المرأة وهي لا تصلح للشركة بينهما، والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة، فإن جاءت بولد يثبت النسب من الأبوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لأن البنوّة لا تتجزأ. كذا في غاية البيان نقلاً عن الفصول، وفي الفصول نقلاً عن المحيط **(ولو تفرّد أحدهما بالدعوى)** يعني أن الذي ذكر من قبل فيما إذا ادعيا معاً، ولو تفرد أحدهما بالدعوى **(والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي له ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك)** أي بما ادعاه الثاني **(لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه)** أي لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الأولى، بل دونها

فأيهما أقرّت له أنه تزوّجها قبل الآخر فهي امرأته، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين. ولقائل أن يقول: قوله فصاحب الوقت الأول أولى ليس بجليّ لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الأول طلقها فتزوجها بها الثاني. والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك، وأيضاً قد ذكرنا آنفاً أن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاينا تقدم الأول حكمنا به فكذا إذا ثبت بالبينة وإن كان الأول، فإذا انفرد أحدهما والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى له ثم ادعى الآخر وأقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لأن القضاء الأول قد صح ومضى فلا ينقض بما دونه، إلا أن يؤقّت شهود المدعي الثاني وقتاً سابقاً فيقضي له لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين **(قوله وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج)** مرّ بيانه. قال: **(ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه**

شاء ترك) لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لأنه تغير عليه شرط عقده، فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن **(فإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه)** لأنه صار مقضياً

لأن الأولى تأكدت بالقضاء، وهذا لأن في الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا يهدم الرأي الرأي، كذا في غاية البيان **(إلا أن يوقّت شهود الثاني سابقاً)** أي وقتاً سابقاً فإنه يقضي حينئذ بما ادعاه الثاني **(لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين)** حيث ظهر أنه تزوّج منكوحة الغير. أقول: في قول المصنف بيقين تسامح، لأن البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرحوا به، ولعل صاحب الكافي تنبه له حيث ترك لفظة بيقين في تحريره **(وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق)** قد مرّ بيان هذه المسألة على الوجه الأتمّ فيما ذكرنا من قبل نقلاً عن المبسوط **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد)** قال المصنف **(معناه)** أي معنى قوله منه **(من صاحب اليد)** وإنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إما أن يدعيا الشراء من واحد أو اثنين، فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب، كذا في النهاية وغيرها. ثم إن تمام قول القدوري **(وأقاما بينة)** أي أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما لو أقاماها من غير توقيت حيث قال في شرح المقام: وأقاما على ذلك بينة من غير توقيت، فكأنه أخذ ذلك من تصريح صاحب الكافي هاهنا حيث قال في شرح المقام: ولم تؤقّت واحدة من البينتين وقتاً. وأقول: الأولى تعميمه لما لم يؤقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء، لأن حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به في مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات، ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما، ولو لم يعمم لزم أن يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين أقسام هذه المسألة لعدم دخولها في الصور الآتية المتشعبة من هذه المسألة، ولا يخفى بعد ذلك **(فكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما)** قال المصنف **(لأنه تغير عليه شرط عقده)** وهو رضاه لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، فإذا لم يسلم اختلّ رضاه بتفرق الصفقة عليه، كذا في معراج الدراية أخذاً من الكافي. وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال: لأن شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغيّر عليه **(فلعل رغبته في تملك الكل)** ولم يحصل **(فيردّه ويأخذ كل الثمن)** وقال بعض الفضلاء ردّاً على صاحب العناية: الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا، وهو تغيّر لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، وإذا لم يسلم اختلّ رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي، ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل وأيضاً لاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطاً له انتهى.

اشترى منه هذا العبد الخ) عبد في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد. قال المصنف **(معناه من صاحب اليد)** احترازاً عما سيأتي بعده هذه المسألة **(وأقاما)** على ذلك **(بينة)** من غير تأقيت. **(فكل واحد منهما بالخيار، إن**

قوله: **(لأن شرط العقد الخ)** أقول: الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير، لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، وإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي، ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل، وأيضاً الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطاً له قوله: **(أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما الخ)** أقول: فيه بحث، فإنهما إذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضاً، وسيجيء من الشارح في الصحيفة الثانية من الورق الآتي. قال الإتقاني ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده: فإن ادعيا الشراء من واحد والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فإنه يقضي بالدار بينهما نصفين، ثم يخير كل واحد منهما، إن شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وإن شاء ترك. فجواب الشارح لا يفي بدفع ما إذا أورد عليه فليتأمل.

عليه في النصف فانفسخ البيع فيه، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه، والعود إلى النصف للمزاحمة ولم توجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء **(ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما)** لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به **(ولو وقتت إحداهما ولم**

أقول: الذي هو تصرف نفس ذلك القائل هاهنا ساقط، أما قوله ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل فلأن قول المصنف هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية أكثر من أن يؤيد ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتأمل الصادق. وأما قوله وأيضاً لاتحاد وصف العقد الخ فلأن مراد صاحب العناية أن اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا أنه شرط نفس العقد، كما أن الرضا أيضاً كذلك لتحقق نفس العقد فاسداً في بيع المكره مع انتفاء الرضا فيه، وأن مراد المصنف أنه تغيّر شرط صحة عقده لا أنه تغير شرط نفس عقده وإلا لما ساغ له أن يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد. ثم إن صحة العقد وصف للعقد كاتحاد الصفقة وأنه لا محذور في كون أحد وصفيه شرطاً للآخر. وقال صاحب العناية: فإن قيل: كذب إحدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كملاً في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان. أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهما اعتمد سبباً في وقت أطلق له الشهادة به اهـ. واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال: فيه بحث، فإنهما إذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضاً، وسيجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي، وذكره الإتقاني هاهنا ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام، فجواب الشارح لا يفي بدفع ما إذا أورد عليه انتهى. أقول: مبنى جواب صاحب العناية هاهنا تقييده مسألة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت، فحينئذ يتم جوابه، فإن ما يحتاج إليه من الجواب هاهنا إنما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسألة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد. وأما دفع السؤال عن مسألة أخرى غير مذكورة في الكتاب ففضلة من الكلام هاهنا فلا ضير في عدم وفاء جوابه بذلك. نعم تقييده هناك ليس بمناسب رأساً كما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثمة، ثم إن هاهنا جواباً دافعاً للسؤال عن المسألتين معاً ذكره أيضاً صاحب الكافي وعامة الشراح، وهو أن البيعين يتصوّر وقوعهما في وقت واحد بأن وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بأن يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معاً من رجل فإنه يجوز، وعقد الوكيل كعقد الموكل، ويضاف عقده إلى الموكل مجازاً فثبت أنه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كملا **(فإن قضى القاضي به)** أي بالعبد **(بينهما)** أي بين المدعيين **(فقال أحدهما لا أختار)** أي لا أختار الأخذ **(لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه)** أي الآخر **(صار مقضياً عليه في النصف فانفسخ البيع فيه)** أي في هذا النصف، والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديد ولا يوجد. فإن قيل: هو مدّع فكيف يكون مقضياً عليه؟ أجاب بقوله **(وهذا لأنه خصم فيه)** أي في النصف المقضى به **(لظهور**

شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن) الذي شهدت به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه إن كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق وأقاما البيّنة **(وإن شاء ترك)** لأن شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه **(فلعل رغبته في تملك الكل)** ولم يحصل **(فيردّه ويأخذ كل الثمن)** فإن قيل: كذب إحدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كملا في وقت واحد، فينبغي أن تبطل البينتان. أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد، بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سبباً في وقت أطلق له الشهادة به **(فإن قضى القاضي به بينهما نصفين فقال أحدهم لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضياً عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه)** والعقد

قوله: **(وقوله حيث يكون له، إلى قوله: يشير إلى أن الخيار الخ)** أقول: وإلا فكان ينبغي أن يقول حيث يأخذ الجميع، ولا يبعد حمل كلام المصنف على المشاكلة قوله: **(وذكر بعض الشارحين)** أقول: أراد الإتقاني.

تؤقت الأخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك **(وإن لم يذكرا تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى)** ومعناه أنه في يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه، ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك، وكذا لو ذكر الآخر وقتاً لما بينا، إلا أن يشهدوا أن

استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه، بخلاف ما لو قال ذلك) أي بخلاف ما لو قال أحدهما لا أختار الأخذ **(قبل تخيير القاضي)** أي قبل القضاء عليه بالخيار **(حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل)** وحجته قامت به **(ولم يفسخ سببه)** أي لم يفسخ سبب استحقاق الكل في شيء **(والعود إلى النصف للمزاحمة ولم توجد)** يعني إنما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له، فإذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل **(ونظيره)** أي نظير ما قال أحد مدعيي الشراء لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضي **(تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء)** أي تسليم أحدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميع الدار **(ونظير الأول)** أي نظير ما قال أحد مدعيي الشراء لا أختار الأخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار **(تسليمه بعد القضاء)** أي تسليم أحد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضي بها لهما حيث لا يكون للآخر إلا أخذ نصف الدار. واعلم أنه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود إلى النصف للمزاحمة إلى هنا، وذكر في بعضها ولهذا لم يقع شرحه في بعض الشروح، ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ **(ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف **(لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد)** فاستحقاقه من ذلك الوقت **(فاندفع الآخر به)** إذ قد تبين به أن الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا **(ولو وقّتت إحداهما)** أي إحدى البينتين **(ولم توقّت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك)** أقول: فيه شيء وهو أن الآخر أثبت الملك أيضاً، وإنما الشك في أنه قبل ذلك الوقت أو بعده فاحتمال قبليته يقتضي رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضي العكس، فما الوجه في العمل بالاحتمال الثاني على أن الشك في أن أحدهما مقدم على الآخر أو مؤخر عنه يستلزم الشك أيضاً في أن الآخر مقدم عليه أو مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان في جانب، فالوجه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: ولو وقّتت إحداهما ولم توقّت الأخرى قضى به لصاحب الوقت لأنه يثبت له الملك في ذلك الوقت، والذي لم يؤقّت يثبت ملكه في الحال لأن شراءه حادث فيضاف حدوثه إلى أقرب الأوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء المؤقت سابقاً فكان أولى انتهى **(وإن لم يذكرا تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف **(ومعناه)** أي ومعنى قوله ومع أحدهما قبض **(أنه في يده)** أي القبض ثابت في يده معاينة، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع، وجاز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لأحد المدعيين بالمعاينة، كذا في النهاية وغيرها. أقول: بقي هاهنا كلام، وهو أن الظاهر أن هذه المسألة والمسألة السابقة التي كانت مذكورة أيضاً في مختصر القدوري وهي قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما، وكذا المسألة التي ذكرها المصنف في البيّن وهو قوله ولو وقّتت إحداهما ولم توقّت الأخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب

متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديد ولا يوجد. فإن قيل: هو مدّع فكيف يكون مقضياً عليه؟ أجاب بقوله: **(وهذا لأنه خصم فيه)** أي في النصف المقضي به **(لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي)** وهو القضاء عليه حيث كان له أن يأخذ الجميع يشير إلى أن الخيار باق، وذكر بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخا لإسلام خواهر زاده أنه لا خيار له وهو الظاهر، ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأوّل منهما لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به، ولو وقتت إحداهما دون الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت

شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة. قال: (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا)

المسألة المارة وهي قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد إليه أنه لم يعد في شيء منها لفظ الادعاء ولا ذكر إقامة البينة كما كان الأسلوب المطرد عند الانتقال إلى مسألة مستقلة. وقد قال المصنف في صدر المسألة معناه من صاحب اليد، فاقتضى ذلك أن يكون وضع المسألة فيما إذا كان المدعي في يد البائع. وقال هاهنا: ومعناه أنه في يده: أي في يد أحد المدعيين فاقتضى هذا أن يكون المدعي في يد المشتري فكان مخالفاً لوضع المسألة فليتأمل في التوجيه (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) تعليل للمسألة المذكورة. قال صاحب العناية: وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين: إحداهما أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات. والثانية أن «ما» مع البعد بعدية زمانية فهو بعد، فإذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهراً فكان بعد شرائه، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخاً، وقد تقدم أن التاريخ المتقدّم أولى انتهى. أقول: قد أخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافي وعليه عامة الشراح، لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ما جرت عليه عادة المصنف في أسلوب تحريره من إيجاز الكلام وتنقيح المرام ما يأبى أن يكون مراده ذلك، إذ لو أراد ذلك لاكتفى بأن قال لأن قبضه يدل على سبق شرائه، إذ يحصل به ما هو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن، فعندي أن تحقيق مراده هو أن تمكن أحدهما من قبض المدعي يدل على كون شرائه إياه سابقاً، إذ لو كان شراء غير القابض إياه سابقاً لما تمكن القابض من قبضه، فإنه يصير حينئذ ملكاً لغير القابض، والإنسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل إنما يتمكن من قبض ملك نفسه، فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه، وهذا المعنى مع كونه ظاهراً من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة أجنبية ستظهر ثمرته الجليلة عن قريب إن شاء الله تعالى (ولأنهما استويا في الإثبات) أي ولأن القابض وغير القابض استويا في إثبات الشراء بالبينة، وللقابض أمر مرجح وهو يده الثابتة بالمعاينة لأن غير القابض يحتمل أن يكون قبل القابض في العقد فينقض يد القابض وأن يكون بعده في العقد فلا ينقض يده فصار أمره مشكوكاً (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك). لا يقال: بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فينبغي أن ترجح بينة غير القابض. لأنا نقول: بينة الخارج إنما تكون أولى من بينة ذي اليد إذا ادعيا ملكاً مطلقاً أما إذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافي هاهنا، وقد صرحوا به في مواضع منها ما مرّ في أوائل باب اليمين. قال صاحب العناية:

مع احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك ولو لم يذكر تاريخاً لكنه في يد أحدهما فهو أولى (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين: إحداهما أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات، والثانية أن «ما» مع البعد بعدية زمانية فهو بعد. فإذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأوقات فيحكم بثبوتها في الحال، وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهراً فكان بعد شرائه، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخاً، وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى (ولأنهما استويا في الإثبات) وبينة غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى. والجواب أن كل واحد من المدّعيين ثمة يحتاج إلى إثبات

قوله: (وبينة غير القابض قد تكون الخ) أقول: إذا كانت شهادتهم بالشراء المقدم قوله: (وقد لا يكون) أقول: إذا كان المشهود به الشراء المتأخر قوله: (يحتاج إلى إثبات الملك) أقول: أي الملك المطلق قوله: (وها هنا ليس كذلك) أقول: لاتفاقهما على أن الملك كان للبائع قوله: (وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تمكنه الخ) أقول: لا بد من التأمل أنه هل يتمشى هنا تحقيقه المبني على المقدمتين،

معناه من واحد **(وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى)** لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض، وكذا الشراء والصدقة مع القبضة لما بينا **(والهبة والقبض**

وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى. والجواب أن كل واحد من المدعيين ثمة يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه أوّلاً، فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكانت بينة الخارج أولى، وهاهنا ليس كذلك انتهى. وقد سبقه إلى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية، وزاد في البيان حيث قال: فأما هاهنا فلا يحتاجان إلى إثبات الملك، بل هو ثابت بتصادقهما عليه، إنما حاجتهما إلى إثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض أقوى لتأكده بالقبض فكان هو أولى انتهى. أقول: في الجواب بحث، وهو أن الذي يثبت لكل واحد من المدعيين الملك له ثمة وهو بائع أن كل واحد منهما ليس بذي يد بل هو خارج كغير القابض من المدعيين، وكون بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فيما إذا أثبتا الملك لأنفسهما مسلم، وأما فيما إذا أثبتاه لخارج آخر فممنوع؛ ألا يرى أن الدليل الذي ذكروا لإثبات كون بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد، وهو أن بينة الخارج أكثر إثباتاً أو إظهاراً، فإن قدر ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذي اليد دليل مطلق الملك انتهى. إنما يجري فيما إذا أثبتا الملك لأنفسهما لا فيما إذا أثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتأمل **(وكذا لو ذكر الآخر وقتاً)** أي لو ذكر غير القابض وقتاً كان العبد لذي اليد أيضاً **(لما بينا)** قال صاحب العناية: بل عامة الشراح قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه. أقول: يرد عليهم أنهم حملوا قول المصنف فيما مر لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على المقدمتين كما مر، وذلك التحقيق لا يجري فيما إذا ذكر الآخر وقتاً لأنه لما ثبت شراء الآخر الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لأن يضاف إلى أقرب الأوقات، لأن إضافة الحادث إلى أقرب الأوقات إنما تتصوّر فيما إذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل المقدمة الأولى، ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض أضيف إلى أقرب الأوقات الذي هو الحال فلم يكن شراء غير القابض بعد شراء القابض فلم تحصل المقدمة الثانية. وأما شراء القابض فإنه وإن كان سابقاً على قبضه في الظاهر حملاً لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكروا فيما مر، إلا أنه ليس بمتعين السبق على الوقت الذي ذكره الآخر، بل يحتمل أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي بالشك مثل ما ذكره المصنف فيما إذا لم يوقت أحدهما ووقت الآخر ولم يكن

الملك لبائعه أوّلاً. فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج أولى وهاهنا ليس كذلك **(وكذا إذا ذكر الآخر)** يعني بينة الخارج **(وقتاً)** فذو اليد أولى، لأن بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد **(وقوله لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه **(إلا أن يشهد شهود الخارج أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد)** فإنه تنقض بها اليد **(لأن الصريح يفوق الدلالة، وإذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا)** قال المصنف **(معناه من واحد)** احترازاً عما إذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء **(وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى)** لأنه **(لكونه معاوضة من الجانبين)** كان أقوى، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معاً، والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض، وكذا إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى ما ذكر من الوجهين

بل الظاهر أنه إشارة إلى قوله لا تنقض اليد الثابتة بالشك، إلا أن قوله لأن الصريح الخ يؤيد الأول قوله: **(ولأن الشراء، إلى قوله: ثابتين معاً الخ)** أقول: بل يثبت الشراء مع القبض، إذ الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات على ما مر آنفاً، فلا يثبت مطلوبه الذي هو سبق ملك مدعي الشراء. هذا والظاهر أن قوله ولأنه يثبت الملك بنفسه الخ دليل آخر لكون الشراء أقوى لا لكونه أولى فافهم. يشهد لذلك قوله في دليل المسألة الآتية لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه كما لا يخفى قوله: **(دون الهبة لتوقفها على القبض)** أقول: فكان ملك مدعي الشراء سابقاً قوله: **(وإذا ادعى أحدهما الشراء الخ)** أقول: والظاهر أنه إذا ادعى أحدهما أنه قبضها عوضاً عن هبة والآخر الشراء، فكذا جواب المسألة لهذين الدليلين بعينهما قوله: **(ترجيح بما يرجع إلى المآل)** أقول: لا ترجيح بما يرجع إلى المآل، بل الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال قوله: **(إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل)** أقول: فإن قيل: ظهور الأثر في ثاني الحال إنما هو لقوة العقد في الحال فيثبت المطلوب. قلنا: لا نسلم بل لحصول الأجر للمتصدق وهو كوصول العوض للواهب فتأمل.

والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما في وجه التبرع، ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال، وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح، وكذا فيما يحتملها عند البعض لأن الشيوع

لأحدهما قبض فالصواب أن يحمل قول المصنف فيما مر، لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذي ذكرناه هناك، ثم يجعل قوله هاهنا لما بينا إشارة إلى ذلك القول، إذ المعنى المذكور يتمشى فيما نحن فيه أيضاً كما لا يخفى، وهذا هو الثمرة التي أشرنا إليها فيما مرّ آنفاً **(إلا أن يشهدوا)** أي شهود الخارج **(أن شراءه)** أي شراء الخارج كان **(قبل شراء صاحب اليد)** فحينئذ يكون الخارج أولى **(لأن الصريح يفوق الدلالة)** يعني أن تقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بتصريح شهوده، وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر، ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا)** قال المصنف **(معناه من واحد)** أي معنى ما قاله القدوري ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد، وإنما قيد به احترازاً عما إذا كان ذلك من اثنين، فإن المدعيين حينئذ سواء ولا أولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد، ثم إن تمام لفظ القدوري **(وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى)** وكذا الحكم إذا أرّخا وتاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام **(لأن الشراء أقوى)** أي من الهبة **(لكونه معاوضة من الجانبين)** والهبة تبرّع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للأكثر فكانت أولى، لأن البينات تترجح بكثرة الإثبات **(ولأنه يثبت الملك بنفسه)** عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لأن الشراء أقوى: أي ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء **(والملك في الهبة يتوقف على القبض)** ولا شك أن ما يثبت الملك بذاته أقوى مما يثبته بواسطة الغير، فكان هذا دليلاً آخر على كون الشراء أقوى من الهبة، يشهد بذلك قول المصنف فيما سيأتي لاستوائهما في القوة، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى. قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: لأنه لكونه معاوضة من الجانبين كان أقوى، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معاً، والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى. أقول: الظاهر من تحريره هذا كما ترى أنه جعل قول المصنف ولأنه يثبت الملك بنفسه معطوفاً على قوله لأن الشراء أقوى، فجعل كلا منهما دليلاً مستقلاً على أصل المسألة، وهو أولوية الشراء كما هو صريح كلام صاحب الكافي هاهنا، لكن لا يخفى على ذي مسكة أن قول صاحب العناية بعيد. هذا: وقوله لما بينا أشار إلى ما ذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى انتهى. ظاهر الدلالة على أن يكون قول المصنف ولأنه يثبت الملك الخ معطوفاً على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجهاً مستقلاً لكون الشراء أقوى كما قررناه **(فيما قبل، فبين كلاميه تدافع لا يخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض)** أي كذا الحكم إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض **(لما بينا)** إشارة إلى ما ذكره في المسألة السابقة من الوجهين لكون الشراء أقوى **(والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء)** يعني إذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء **(حتى يقضى بينهما)** أي نصفين، كذا في الكافي وغيره **(لاستوائهما في وجه التبرع)** فإن قيل: لا نسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة، أجاب بقوله **(ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المآل)** أي يظهر أثره في ثاني الحال، إذ اللزوم عبارة عن

في أن الشراء أقوى **(وإذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء، ويقضي به بينهما لاستوائهما في وجه التبرّع)** فإن قيل: لا نسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة. أجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم. وتقريره أن الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع إلى المآل: أي بما يظهر أثره في ثاني الحال، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع إلى المآل لأن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال **(وهذا)** أي الحكم بالتنصيف بينهما **(فيما لا يحتمل القسمة)** كالحمام والرحى صحيح **(وكذا فيما يحتملها)** كالدار والبستان **(عند البعض)** لأن كل واحد منهما

طارىء، وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع وصار كإقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح. قال: **(وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه فهما سواء)** لاستوائهما في القوّة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء، إذ التزوّج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه **(وإذا ادعى**

عدم صحة الرجوع في المستقبل **(والترجيح بمعنى قائم في الحال)** أي الترجيح إنما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع إلى المآل. وأجيب أيضاً بأن امتناع الرجوع في الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب، ولهذا لو وقعت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها أيضاً لحصول المقصود وهو صلة الرحم **(وهذا)** أي القضاء بالتنصيف بينهما **(فيما لا يحتمل القسمة)** كالحمام والرحى **(صحيح، وكذا فيما يحتمله)** أي فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان **(عند البعض لأن الشيوع طارىء)** يعني أن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل، إلا أنه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طارئاً وذا لا يمنع صحة الهبة والصدقة **(وعند البعض لا يصح)** ولا يقضي لهما بشيء **(لأنه تنفيذ الهبة في الشائع)** فصار كإقامة البينتين على الارتهان. قيل هذا قول أبي حنيفة. أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي أن يقضي لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين، والأصح أنه لا يصح في قولهم جميعاً، لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقضي له بالعقد الذي شهد به شهوده، وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها، كذا في العناية وغيرها **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا ادعى أحدهما الشراء)** أي شراء شيء كعبد مثلاً من رجل **(وادّعت امرأته أنه)** أي ذلك الرجل **(تزوّجها عليه)** أي تزوّج المرأة المدعية على ذلك المدعي **(فهما سواء)** أي يقضي بذلك المدعي بينهما نصفين **(لاستوائهما)** أي لاستواء الشراء والنكاح **(في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه)** هذا إذا لم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء، أما إذا أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق فالأسبق أولى، كذا في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده. وعن هذا قال صاحب العناية في تقرير مسألة الكتاب: إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوّجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء يقضي بالعبد بينهما انتهى. وفي التبيين للإمام الزيلعي: ثم

أثبت قبضه في الكل، ثم الشيوع بعد ذلك طارىء وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة **(وعند البعض لا يصح)** ولا يقضي لهما بشيء **(لأنه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كإقامة البينتين على الارتهان)** قيل هذا قول أبي حنيفة، أما عند أبي يوسف ومحمد فينبغي أن يقضي لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين. والأصح أنه لا يصح في قولهم جميعاً، لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقضي له بالعقد الذي شهد به شهوده، وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها. قال: **(وإذا ادعى أحدهما الشراء لخ)** إذا ادعى أحدهما الشراء وادّعت امرأته أنه تزوّجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء يقضي بالعبد بينهما لاستوائهما في القوّة، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه، وللمرأة على زوجها نصف القيمة، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه، وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: الشراء أولى، لأن

قوله: **(وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة)** أقول: أريد بالهبة ما يعم الصدقة على سبيل عموم المجاز قوله: **(فإن قدمنا النكاح الخ)** أقول: كيف يقدم إذا أرخا وتاريخهما على السواء؟ وتخصيص الخلاف بما إذا لم يؤرخا خلاف الظاهر من تقريره. ويمكن أن يقال معنى الشهادة على أن التاريخين المتحدين أن يقولوا مثلاً كان العقد في أول الظهر من اليوم الفلاني وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذا لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدين اثنين، وبه يظهر الجواب عن السؤال المذكور في الصحيفة السابقة بوجه آخر قوله: **(وذكر في الأسرار، إلى قوله: لم يوجب ملك المسمى الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الإمكان، بخلاف ما إذا سويناهما.

أحدهما رهناً وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته. وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى، بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض **(وإن أقام البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى)** لأنه أثبت أنه أوّل المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه. قال:

للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن إن شاء، وإن شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى **(وهذا)** أي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما **(عند أبي يوسف. وقال محمد: الشراء أولى ولها على الزوج القيمة)** أي وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة **(لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء)** يعني أن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع، فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها **(إذ التزوّج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه)** بأن لا يجيزه صاحبه فتعين تقديم الشراء.
أقول: هاهنا إشكال ظاهر، وهو أن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إنما يتصور فيما إذا لم يؤرّخا. وأما إذا أرّخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى. والمسألة تعم الصورتين كما مر آنفاً فكيف يتم خلاف محمد. ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم يرو عن أحد تخصيص الخلاف بالصورة الأولى، وقد تمحل بعضهم في دفعه فقال:
ويمكن أن يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين أن يقول الشهود مثلاً: كان العقد في أول الظهر من اليوم الفلاني، وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى. فتأمل. قال صاحب العناية: وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين، والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، إذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الإمكان، بخلاف ما إذا سوّيناهما انتهى. أقول: هذا البحث ساقط لأنه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى، إذ لم نسمع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف. ولئن سلم ذلك فلأبي يوسف أن يقول: المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة، إذ لولاه لاكتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك **(وإن ادعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى)** هذا لفظ القدوري في مختصره: قال المصنف **(وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى)** وهو رواية كتاب الشهادات، كذا في النهاية

العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع، فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها لأن التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة، وتجب القيمة إن لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة. وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين **(وإذا ادعى أحدهما رهناً وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاماها فالرهن أولى، وهذا استحسان. وفي القياس: الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته)** فكانت بينة الهبة أكثر إثباتاً فهي أولى **(وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع، ولا ترد الهبة بشرط العوض فإنها أولى من الرهن لأنها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن، لأن البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة (وإن أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ، فصاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبت أنه أوّل المالكين)** وكل من هو كذلك لا يتلقى

(ولو ادّعيا الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى لما بينا أنه أثبته في

ومعراج الدراية، وجه القياس قوله **(لأنها)** أي لأن الهبة **(تثبت الملك)** أي ملك العين **(والرهن لا يثبته)** فكانت بينة الهبة أكثر إثباتاً فهي أولى **(وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون)** ولهذا قالوا: إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين **(وبحكم الهبة)** أي المقبوض بحكم الهبة **(غير مضمون وعقد الضمان أقوى)** أي من عقد التبرّع، ولأن بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين، والهبة لا تثبت إلا بدلاً واحداً فكانت أكثر إثباتاً فكانت أولى، كذا في الشروح **(بخلاف الهبة بشرط العوض)** يعني لا ترد الهبة بشرط العوض نقضاً حيث كانت أولى من الرهن **(لأنه بيع انتهاء)** أي لأن الهبة بيع انتهاء، وتذكير الضمير الراجع إلى الهبة باعتبار الخبر أو بتأويل العقد **(والبيع أولى من الرهن لأنه)** أي البيع **(عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة هكذا الهبة بشرط العوض)** أي فكذا الهبة بشرط العوض أولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء. فإن قلت: الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة. قلت: نعم هي معاوضة انتهاء، ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معارضة ابتداء نظراً إلى المقصود، بخلاف اللزوم في الصدقة فإنه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائماً في الحال، لا نظراً إلى العقد ولا إلى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة **(وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأنه)** أي لأن صاحب التاريخ الأقدم **(أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه)** أي والفرض أن الآخر لم يتلق منه هذا قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف آخراً، وبه قال محمد أوّلاً، وأما على قول محمد آخراً فيقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة، وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة أنه يقضي بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق

الملك إلا من جهته، والفرض أن الآخر لم يتلق منه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً وقول محمد أولاً. ثم قال محمد: يقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة، وإن أرّخ أحدهما دون الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة أنه يقضي بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات. وعلى قول أبي يوسف يقضي لمن أرّخ، وعلى قول محمد يقضي لمن لم يؤرّخ لأنه يدعي أولية الملك، وسيأتيك تمام بيانه إن شاء الله تعالى **(ولو ادعيا الشراء من واحد وأقاماها ولم يؤرّخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء قضى به بينهما، وإن أرّخا تاريخين متفاوتين فالأول أولى لما بينا)** أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتاً من ذلك الوقت وأن الآخر اشتراه من غير مالك فكان باطلاً. قيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين أن يكون البائع واحداً أو اثنين، وإنما التفاوت بينهما إذا أقتت إحداهما دون الأخرى على ما

قال المصنف: **(ولو ادعيا الشراء إلى قوله: فالأول أولى)** أقول: قال العلامة الكاكي تبعاً لصاحب النهاية: وفي هذا الحكم لا يتفاوت أن يكون بائعهما واحداً أو اثنين لما أن صاحب التاريخ الأقدم أولى، وإنما يتفاوت الحكم بينهما فيما إذا وقتت إحدى البينتين ولم تؤقت الأخرى على ما ذكر بعد هذا بقوله: بخلاف ما إذا كان البائع واحداً انتهى. قال العلامة النسفي في الكافي: وإن ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وإحداهما أسبق تاريخاً يقضى لأسبقهما تاريخاً اتفاقاً، بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فتاريخه لملكه لا يعتد به وصار كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما انتهى. وهكذا في الكفاية وشرح الكنز للزيلعي. ثم قال في الكفاية: الأسبق أولى رواية واحدة فيما إذا كان البائع واحداً فيما إذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فيما ذكرنا في الكتاب، يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ. وفي المبسوط ما يدل على أن أسبق التاريخين أولى في ذلك أيضاً انتهى. فظهر أن ما في النهاية ومعراج الدراية مبني على رواية، وما في الكافي والكفاية وشرح الكنز على رواية أخرى، وهو مختار صاحب الهداية أيضاً على ما يشير إليه كلامه، إلا أن في الدليل الذي ذكروه على عدم اعتبار السبق في ذلك بحثاً، فإن بينة مدعي الأسبق تثبت لبائعه ملكاً سابقاً، وإذا أثبت أحد مدعيي الملك المطلق تاريخاً أقدم فهو أولى فليتأمل. فقوله ولا تاريخ لملك البائعين غير ظاهر، بل الظاهر خلافه حيث يتضمن إثبات تاريخ ملك المدعيين إثبات تاريخ ملك البائعين قوله: **(قيل لا تفاوت)** أقول: القائل صاحب النهاية قوله: **(ليس فيه زيادة فائدة)** أقول: فائدته دفع توهم التكرار في كلام القدوري.

وقت لا منازع له فيه (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخاً فهما سواء) لأنهما يثبتان

في أصح الروايات، وعلى قول أبي يوسف يقضي للذي أرّخ، وعلى قول محمد يقضي للذي لم يؤرخ لأنه يدعي أولية الملك، كذا في النهاية نقلاً عن الذخيرة، وسيأتي تمام بيانه في الكتاب إن شاء الله تعالى (قال) أي القدوري في مختصره (ولو ادعيا الشراء من واحد) قال المصنف (معناه من غير صاحب اليد) أي معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد. قال صاحب النهاية: ليس في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة فائدة، فإن في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره بعد أن يكون البائع واحداً لأنه ذكر في الذخيرة: دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا، فإن أرّخا وتاريخهما على السواء أو لم يؤرّخا فالدار بينهما نصفان لأنهما استويا في الدعوى والحجة، وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى، لأنه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه أحد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت، ويتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك. وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى تقليلاً لنقض ما هو ثابت، لأنا إذا جعلنا المؤرخ أولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير. وأما إذا قضينا للذي لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الأمران بالبينة، وإذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بأن ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلاً وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه، فإن لم يؤرخا أو أرّخا وتاريخهما على السواء يقضي بالدار بينهما: وإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي لأسبقهما تاريخاً، وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرّخ الآخر فالمؤرّخ أولى لما قلنا انتهى. وقد اقتفى أكثر الشراح أثر صاحب النهاية في مؤاخذة المصنف هاهنا بالوجه المذكور. وقال صاحب الكفاية: قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كي لا يلزم التكرار، لأنه قال أولاً: ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد، ورتب عليه الأحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا، فيثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد أو من غيره في هذا الحكم انتهى. أقول: الحق ما قاله صاحب الكفاية. وتوضيحه أن الإمام القدوري ما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين إحداهما هاهنا والأخرى في أثناء الأحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه حيث قال هناك: ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأوّل منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فصرف المصنف قوله الأول إلى ما إذا ادعيا من صاحب اليد، وقوله الثاني إلى ما إذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازاً عن التكرار على ما يقتضيه حمل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه أصلاً.

سيذكر بعيد هذا. وقوله: (معناه من غير صاحب اليد) ليس فيه زيادة فائدة، فإنه لا تفاوت في سائر الأحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره، فإنه ذكر في الذخيرة: دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الأحكام (وإن أقاما كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر) كأن أقام أحدهما على الشراء من

قوله: (ورتب عليه الأحكام) أقول: إلى هنا كلام النهاية مع تغيير يسير قال المصنف: (وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخاً فهما سواء) أقول: قال الزيلعي: يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن انتهى. قال الإتقاني: أي تاريخاً واحداً، وإن كان تاريخ أحدهما أسبق كان أولى على قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف آخراً، وهو قول محمد في رواية أبي حفص، وعلى قول أبي يوسف الأول يقضي بينهما انتهى. ولا يخفى التدافع بين الكلامين، فقيل في دفعه إن الكلام مبني على روايتين، فما في غاية البيان مبني على رواية ما ذكره الزيلعي، والذي يشير إليه كلام الهداية مبني على رواية أخرى فليتدبر، وأنت خبير بأن المفهوم من دليل صاحب الهداية خلاف ذلك قوله: (لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك) أقول: أي ملك بائعه، فإنه يرجع إلى دعوى الملك المطلق لبائعهما، وتوقيت إحداهما في الملك المطلق لا يفيد الأولوية لما سبق آنفاً وسيجيء أيضاً قوله: (لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً) أقول: بل الحق تتميمه بقولنا لأن الشراء أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات إذا لم يبين وقته فيتأخر شراء غير المؤرخ حكماً، إلا إذا يبين الخ فلا يرد حينئذ سؤاله المصدر بقوله: ولقائل أن يقول الخ فليتأمل قوله: (لجواز أن يقال من ثبت له الملك الخ) أقول: يعني في المسألتين.

الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل **(ولو وقتت إحدى البينتين وقتاً ولم توقت الأخرى قضي بينهما نصفين)** لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم،

والعجب ممن طعنوا فيه أنهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مرّ معناه من صاحب اليد، إنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إما أن ادعيا الشراء من واحد أو اثنين، فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذ في الكتاب انتهى، وذلك الكلام منهم اعتراف بأن معنى قوله هاهنا ولو ادعيا الشراء من واحد ادعياه من غير صاحب اليد، إذ لا يجيء في الكتاب مسألة إن ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا، وبأن فائدة التقييد هناك الاحتراز عن التكرار فكيف لم يتنبهوا لكون فائدة التقييد هاهنا أيضاً الاحتراز عن التكرار **(وأقاما البينة على تاريخين)** هذا من تتمة ما سبق: أي لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين **(فالأول أولى)** أي فصاحب التاريخ الأول أولى **(لما بينا)** أي في مسألة إن ادعيا الشراء من صاحب اليد **(أنه أثبته)** أي أن صاحب التاريخ الأول أثبت الشراء **(في وقت لا منازع له فيه)** أي في ذلك الوقت فاندفع الآخر به **(وإن أقاما كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر)** كأن أقام أحدهما البينة على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو **(وذكرا تاريخاً فهما سواء)** قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: أي ذكرا تاريخاً واحداً، وأما لو ذكرا تاريخين فالسابق أولى لإثبات الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده، كذا في المبسوط انتهى. وقد سلك صاحب العناية مسلكهما في شرح المقام حيث قال: وذكرا تاريخاً واحداً فهما سواء انتهى. وقال صاحب الكفاية أخذاً من الكافي: أي سواء كان تاريخهما واحداً أو كان أحدهما أسبق تاريخاً فهما سواء، لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كأنهما حضرا وأقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما، فكذا فيمن تلقى الملك منهما، بخلاف ما إذا ادعيا الشراء من واحد معين لأنهما اتفقا أن الملك كان له، وإنما يختلفان في التلقي منه وأسبقهما تاريخاً، أثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك، ولا يقضى للغير بعد ذلك إلا إذا ادعى التلقي منه والآخر لا يدعي التلقي منه انتهى. وقد سلك الإمام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز. أقول: السرّ في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسألة هو اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما إذا ادعيا الشراء من اثنين وكان أحدهما أسبق تاريخاً كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيخان: وإن ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر أنه اشتراها من فلان وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فإن القاضي يقضي بينهما، وإن وقتا فصاحب الوقت الأول أولى في ظاهر الرواية، وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ، وإن أرّخ أحدهما دون الآخر يقضي بينهما اتفاقاً انتهى. وقال في البدائع: أما إذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقاً عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضي بينهما نصفين، وإن كان وقتهما واحداً فكذلك، وإن كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخاً أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذا عند محمد في رواية الأصول، بخلاف الميراث فإنه يكون بينهما نصفين عنده. وعن محمد في الإملاء: أنه سوّى بين الميراث وبين الشراء، وقال: لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضاً إلا أن يؤرخا ملك البائعين انتهى. وذكر في الذخيرة أيضاً كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها. ثم أقول: الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات أن كون صاحب التاريخ الأسبق أولى فيما إذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية، وأنه قول أكثر المجتهدين وأكبرهم، فحمل مسألة الكتاب على ما لا ينافيه أولى كما لا يخفى. قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة **(لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا)** أي فيصير كأن البائعين

زيد مثلاً وآخر على لشراء من عمرو **(وذكرا تاريخاً واحداً فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا)** وادعيا وأرّخا تاريخاً واحداً **(ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل)** أن كل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف

بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره **(ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث**

حضرا وادعيا وأرّخا تاريخاً واحداً **(ثم يتخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل)** أي من أن كل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك **(ولو وقتت إحدى البينتين وقتاً ولم توقت الأخرى قضي بينهما نصفين)** يعني إذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر وأقاما البينة ووقتت إحدى البينتين دون الأخرى قضي بينهما نصفين **(لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك)** أي على تقدم ملك بائعه: يعني أن كل واحد من المدعيين هاهنا خصم عن بائعه في إثبات الملك له، وتوقيت إحداهما لا يدل على تقدم ملك بائعه **(لجواز أن يكون الآخر أقدم)** أي لجواز أن يكون البائع الآخر أقدم في الملك **(بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما)** أي المدعيين **(اتفقا)** في هذه الصورة **(على أن الملك لا يتلقى)** أي لا يؤخذ **(إلا من جهته)** أي من جهة البائع الواحد، فحاجة كل واحد منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه وهو الشراء لا إلى إثبات الملك للبائع **(فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره)** قال صاحب العناية: لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا إذا ثبت بالبينة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الكلام في توقيت إحدى البينتين لا في إثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة المؤقتة كالملك الثابت المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام، وإنما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عياناً أن يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين لثبوته بالبينة، ولكن الآخر مشترك في هذا اللازم لثبوت شرائه أيضاً بالبينة. نعم بينهما فرق من حيث أن الأول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم متعين عندنا الآن. والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراءه أيضاً ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن، بل محتمل للتقدم على الآخر والتأخر عنه، إلا أن هذا الفرق لا يجدي نفعاً، إذ الظاهر أنا لا نحكم في هذه الصورة أيضاً لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف أنه أسبق من الآخر. فالوجه في تعليل كلام المصنف هاهنا أن يقال: لأن الشراء أمر حادث، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم، فشراء غير المؤقت يضاف إلى أقرب الأوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء المؤقت حكماً، وقد أشير إلى هذا الوجه هاهنا إجمالاً في غاية البيان وشرح تاج الشريعة، ومرّ منا تفصيل نظيره فيما سبق نقلاً عن الكافي فتذكر. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: حاصل الفرق بين المسألتين ما

العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك **(ولو أقتت إحداهما دون الأخرى قضى بينهما نصفين لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم، بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به)** لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا، ولو عاينا بيده الملك حكمنا به، فكذا إذا أثبت بالبينة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غليه. ولقائل أن يقول: حاصل الفرق بين المسألتين ما ذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، وأما الباقي فمشترك بين المسألتي، وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال: من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عياناً فيحكم به، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره، والجواب أن لذلك مدخلاً في الفرق، لأن البائع إن كان

قوله: **(لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً)** أقول: فيه بحث، لجواز أن يبيع وكيلاه لشخصين في زمان واحد كما أشار إليه صاحب النهاية قوله: **(وملك غيره مشكوك إن تأخر)** أقول: أي إن تأخر الملك والمراد سببه أعني الشراء ففيه نوع من الاستخدام قوله: **(وإن تقدم ملك)** أقول: لكن لم يملك المؤقت لأنه لم يتلف الملك من جهته قوله: **(فيرجح بالوقت)** أقول: فيه تأمل، فإن الملك المعين له الوقت مشكوك أيضاً لما ذكره فكيف يصلح الوقت مرجحاً قوله: **(جاز أن يقعا معاً)** أقول: فيه بحث، إذ لا يتصور أن يملك الشخصان عيناً واحدة في زمان واحد حتى يتصور وقوع البيعين معاً، وجوابه أنا لم ندع صحة البيعين معاً كما إذا وقعا على التعاقب فلا يضره ما ذكرت قوله: **(لأن البينتين قامتا على مطلق الملك)** أقول: تعليل لقوله وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد الخ، وقوله عنه يعني عن محمد رحمه الله قوله: **(فكان التقدم والتأخر سواء الخ)** أقول: يحتاج إلى البيان.

الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعاً) لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق. قال: **(وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرّخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد. وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء. ولهما أن البينة مع

ذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته. وأما الباقي فمشترك بين المسألتين، وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال: من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عياناً فيحكم به، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره. والجواب أن لذلك مدخلاً في الفرق لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً، وقد ثبت لأحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر وإن تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت. وأما إذا كان متعدداً فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معاً، وفي ذلك تعارض أيضاً فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى. أقول: في الجواب بحث، أما أوّلاً فلأن قوله لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً ممنوع لجواز أن يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلاً فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد. وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف عقده إلى الموكل مجازاً كما ذكرنا فيما مر نقلاً عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال بتيقن كذب إحدى البينتين. وأما ثانياً فلأن قوله فيرجح بالوقت غير تام لأن الشك في ملك غير المؤقت يستلزم الشك في ملك المؤقت لأن تقدم أحدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم أحدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك في ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملكه أيضاً ولا شك أن الوقت من حيث هو وقت لا مدخل له في ترجيح الملك لأحدهما، بل إنما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر، فإذا كان هذا مشكوكاً فلا مجال للترجيح به أصلاً. وأما ثالثاً فلأن قوله فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول، لأن التعارض متى تضاعف لا يزيد شيئاً على التساوي والتساقط، فما يصلح للترجيح في مرتبة من التعارض ينبغي أن يصلح له في سائر المراتب منه، ولعمري إن صاحب العناية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح، ولكن ما أتى بشيء يعتدّ به كما عرفت، وإنّ فيما ذكرناه من الوجه في تعليل كلام المصنف هاهنا لمندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر **(ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر)** وأقاموا البينة **(قضى بينهم أرباعاً)** وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً، وقال في تعليلها **(لأنهم يتلقون الملك من باعتهم)** وفي بعض النسخ من بائعهم، وكلاهما بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين الأربعة فكان المراد منه من مملكيهم. وفي بعض النسخ: من ملقيهم، استدلالاً بلفظ يتلقون كذا في النهاية ومعراج الدراية **(فيجعل كأنهم)**

واحداً كان التعاقب ضرورياً، وقد ثبت لأحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضرّ، وإن تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت. وأما إذا كان متعدداً فكما جاز أن يقعا متعاقبين جاز أن يقعا معاً، وفي ذلك تعارض أيضاً، فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض **(ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من أبيهك والرابع الصدقة والقبض من آخر وأقاموا البينة على ذلك قضى به بينهم أرباعاً، لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق)** وإطلاق الباعة بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم. قال: **(وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ الخ)** وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك أقدم تاريخاً فذو اليد أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو رواية عن محمد. وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه محمد. روى ابن سماعة عنه أنه رجع عن هذا القول وهو أن بينة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخاً كانت أولى من بينة الخارج وقال: لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره إلا للنتاج، لأن النتاج دليل على أولية الملك دون التاريخ، لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرّضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء، بخلاف ما إذا قامتا بالتاريخ على الشراء وإحداهما

التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة، وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بينا، ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت إحداهما دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى. وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة: صاحب الوقت أولى لأنه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرّخت إحداهما

أي المملكين (**حضروا وأقاموا البينة**) على الملك المطلق لأنفسهم، وثمة يقضي بينهم أرباعاً فكذا هاهنا (**قال**) أي القدوري في مختصره (**وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى**) أي كان صاحب اليد أولى. قال المصنف (**وهذا**) أي هذا الحكم (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه**) أي عن محمد (**أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه**) يعني أن هذا قوله الآخر المرجوع إليه. وفي المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد أنه رجع عن هذا القول، وهو أن بينة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخاً من بينة الخارج كانت أولى بعد انصرافه من الرقة، وقال: لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره إلا للنتاج وما في معناه، لأن التاريخ ليس بسبب لأولية الملك بخلاف النتاج، كذا في النهاية ومعراج الدراية. قال المصنف في تعليل ذلك (**لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء**) قال بعض الفضلاء: هذا يحتاج إلى البيان. أقول: في البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز أن تكون جهة الملك: أي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم في نفس الأمر فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر، بخلاف ما إذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء وإحداهما أسبق من الأخرى حيث كان الأسبق أولى لتعرضه لسبق سبب ملك أحد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال أن يكون الآخر أسبق في الملك (**ولهما**) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (**أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره وبعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة**) فإن من ادعى على ذي اليد عيناً وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة، وقد مرّ قبل هذا قبول بينة ذي اليد في أن العين في يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند إقامة البينة، ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت هاهنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا في النهاية والعناية (**وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما**) أي لو كانت الدار في أيديهما كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: لا يعتبر الوقت وكأنهما قامتا على مطلق الملك فتكون بينهما، كذا في النهاية نقلاً عن الإيضاح (**والمعنى ما بيناه**) وهو ما ذكره من الدليل في

أسبق من الأخرى، فإن الأسبق أولى سواء كان البائع واحداً أو اثنين (**ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة**) فإن من ادعى على ذي اليد عيناً وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة، وقد مرّ قبل هذا قبول بينة ذي اليد في أن العين في يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعي عند إقامة البينة. ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت هاهنا بينته بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع (**وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما**) كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد لا معتبر بالوقت (**لما بينا**) من الدليل في الجانبين (**ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقّتت إحداهما دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى. وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة: صاحب الوقت أولى لأنه**)

قوله: (**إنما تقبل إذا تضمنت معنى الدفع لما مر**) أقول: آنفاً قوله: (**وإلا لزمه المسألة الأولى**) أقول: ويجوز أن تكون النكتة لأبي حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا، وقوله لهما من قبيل. يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان. قوله: (**وأجيب بأن ذلك الخ**) أقول: فيه بحث، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإتقاني في غاية البيان فراجعه.

كان صاحب التاريخ أولى. ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع، ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما ولو كانت في يد ثالث، المسألة بحالها فهما سواء عند أبي

الطرفين (**ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق**) أي من غير ذكر سبب (**ووقتت إحداهما**) أي إحدى البينتين (**دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى. وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة: صاحب الوقت أولى**) إنما قيد بالتوقيت لأن الخارج وذا اليد إذا أقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم، وإنما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (**لأنه أقدم**) دليل على ما قاله أبو يوسف: أي لأن صاحب الوقت أقدم (**وصار كما في دعوى الشراء**) أي وصار الجواب في هذه المسألة كالجواب في دعوى الشراء (**إذا أرّخت إحداهما**) أي إذا أرّخت إحدى البينتين هناك (**كان صاحب التاريخ أولى**) فكذا هنا، والجواب أن الشراء معنى حادث، فإذا لم يؤرّخ حكم بوقوعه في الحال وكان المقدم أولى منه، والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال، كذا في غاية البيان (**ولهما**) أي ولأبي حنيفة ومحمد (**أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه**) أي لتضمن البينة بتأويل الشاهد (**معنى الدفع**) لما مر آنفاً (**ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته**) أي من جهة ذي اليد لأن بذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لاحتمال أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخاً، بخلاف ما إذا أرّخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم. قال صاحب العناية: قيل استدلال بقوله إن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد، لأنه لا يقول بذلك وإلا لزمه المسألة الأولى. وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول انتهى. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإتقاني في غاية البيان فراجعه انتهى. أقول: هذا الاعتراض ليس بشيء، إذ ليس مراد المجيب أن قول محمد في مسألتنا هذه: أعني أولوية الخارج فيما إذا وقتت إحداهما دون الأخرى يجوز أن يكون قوله الأول حتى ينافيه نص العلامة الإتقاني على أنه قوله الآخر، بل مراده أن قول المصنف إن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول أبي حنيفة ومحمد في مسألتنا هذه يجوز أن يكون مبنياً على قول محمد الأول في المسألة الأولى فلا يلزمه المسألة الأولى على قوله الثاني هناك. وتوضيح المقام أن لمحمد في مسألتنا هذه قولين: قوله الأول أنه يقضي للذي لم يؤقت، وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف

أقدم، وصار كما في دعوى الشراء إذا أرّخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى) وقد مر (**ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا تضمنت معنى**) الدفع لما مر (**ولا دفع هاهنا**) لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهته، وهاهنا وقع الشك في ذلك لأن بذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لإمكان أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخاً، بخلاف ما إذا أرّخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم (**وعلى هذا إذا كانت الدار بأيديهما**) فأقام أحدهما بينة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فإنه يسقط التاريخ عندهما خلافاً لأبي يوسف. قيل: الاستدلال بقوله إن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد، لأنه لم يقل بذلك وإلا لزمه المسألة الأولى. وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول (**ولو كانت**) العين (**في يد ثالث والمسألة بحالها**) أي وقتت بينة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الأخرى (**فهما سواء**) يقضي بينهما نصفين (**عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى. وقال محمد: الذي أطلق أولى لأن الإطلاق دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد**) المتصلة كالسمن والمنفصلة كالأكساب فكان ملكاً للأصل، وملك الأصل أولى من التاريخ (**ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن. ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه**) أي يزاحمه (**احتمال عدم التقدم**) لأن الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث إن دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكماً ولا حق من حيث إن دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ، وإذا كان غير المؤرخ سابقاً من وجه لاحقاً من وجه كان المؤرخ أيضاً كذلك فاستويا في السبق واللحوق فيجعل كأنهما ملكاً

حنيفة. وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى. وقال محمد: الذي أطلق أولى لأنه ادّعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض. ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأوّلية، والترجيح بالتيقن، كما لو ادعيا الشراء. ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق، بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ. قال: **(وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى)** لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه فاستويا، وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو

ما عليه أبو حنيفة. ووجهه أن غير المؤقت أسبقهما تاريخاً باعتبار المعنى وهو دعوى أولية الملك. وقوله الآخر إن الخارج أولى، وهذا مبني على أنه لا عبرة للتاريخ فكان المؤقت لم يؤقت فتكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر إثباتاً على ما هو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسألة مع أبي حنيفة، كما أنه في قوله الأول في المسألة الأولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام. فإذا عرفت هذا فنقول: لو أريد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسألة مع رعاية قوله الثاني في المسألة الأولى لم يحتج إلى ذكر المقدمة القائلة إن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع، بل كفى أن يقال: إن بينة ذي اليد لا تقبل عنده أصلاً في غير النتاج وما في معناه لما مر له من الدليل في المسألة الأولى، ولكن المصنف لما قصد الجمع بين أبي حنيفة ومحمد في دليل واحد ليستغني عن ذكر دليل آخر لمحمد استدل على قول أبي حنيفة وقول محمد الآخر في هذه المسألة مما يجمعهما مراعياً قول أبي حنيفة وقول محمد الأول في المسألة الأولى فاحتاج إلى ذكر تلك المقدمة، وهذا هو المراد بالجواب الذي ذكره صاحب العناية، فأين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه. وقال ذلك البعض. ويجوز أن تكون النكتة لأبي حنيفة. ووجه محمد غير مذكور هنا، وقوله لهما من قبيل: ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ [الرحمن: ٢٢] ا هـ. أقول: لا يخفى أن ذي فطرة سليمة أن مثل هذا التوجيه في مثل هذا المقام أمر مستبعد جداً من وجوه شتى فتبصر **(وعلى هذا)** أي الخلاف المذكور **(إذا كانت الدار في أيديهما)** وأقاما البينة على الملك المطلق فوقّتت بينة أحدهما دون بينة الآخر: يعني لا عبرة للتاريخ عندهما، والدار للمؤرخ عند أبي يوسف **(ولو كانت في يد ثالث)** أي ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث **(والمسألة بحالها)** أي وقتت بينة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الأخرى **(فهما سواء)** أي فالخارجان سواء: يعني يقضي بينهما نصفين **(عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: الذي وقّت أولى. وقال محمد: الذي أطلق)** أي لم يؤقّت **(أولى لأنه)** أي الإطلاق **(دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد)** كالأولاد والأكساب **(ورجوع الباعة بعضهم على بعض)** أي وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض، فإن من أقام بينة على مطلق الملك في جارية مثلاً واستحقها وزوائدها يرجع باعتها بعضهم على

معاً وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا إن دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار **(قوله بخلاف الشراء)** جواب عن قول أبي يوسف، ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث، ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف إلى أقرب الأوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ. قال: **(وإن أقام الخارج وصاحب اليد الخ)** وإن أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد **(بينة بالنتاج فذو اليد أولى)** وهو استحسان. وفي القياس الخارج أولى، وبه أخذ ابن أبي ليلى لأن بينة الخارج أكثر استحقاقاً من بينة ذي اليد لأن الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتاج، واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما. ووجه الاستحسان أن بينة ذي اليد قامت على ما لا تدل

قال المصنف: **(قال محمد الخ)** أقول: هذا قوله الأول الذي يعتبر فيه السبق بالتاريخ على ما ذكره الإتقاني فتأمل أنت، وقال الإتقاني: وأما على قوله الآخر يجب أن يقضي بينهما نصفين. ثم اعلم أن سبق التاريخ قد يكون من حيث النص وقد يكون من حيث المعنى. فأبو حنيفة إنما يعتبر السبق من حيث النص، ومحمد على قوله الأول يعتبر السبق المعنوي أيضاً فليتأمل قوله: **(فكان ملكاً**

الصحيح خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان إنه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء، ولو تلقى كل واحد

بعض فكان مدعي مطلق الملك كان مدعياً للملك من الأصل وملك الأصل أولى من التاريخ **(ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن)** يعني أن العمل بالمتيقن راجح على العمل بالمحتمل **(كما لو ادعيا الشراء)** أي ادعياه من بائع واحد وأرّخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى كما مر **(ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه)** أي يزاحمه **(احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره)** أي اعتبار التاريخ: يعني أنه يحتمل أن يكون تاريخ الذي أرّخ سابقاً على تاريخ صاحبه، ويحتمل أن يكون متأخراً عنه، فنزلناه مقارناً له رعاية للاحتمالين، كذا في شرح تاج الشريعة وغيره **(فصار)** أي فصار حكم هذه المسألة **(كما لو أقاما البينة على ملك مطلق)** أي بدون أن يذكر التاريخ أصلاً **(بخلاف الشراء)** جواب عن قول أبي يوسف كما لو ادعيا الشراء **(لأنه)** أي الشراء **(أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات)** وهو الحال **(فيترجح جانب صاحب التاريخ)** لكون شراء صاحب التاريخ حينئذ سابقاً على شراء الآخر من زمان التاريخ لا محالة. أقول: الآن حصحص الحق من المصنف فإنه قد كان استدل على مسألة الشراء فيما مرّ بما هو في سمت دليل أبي يوسف هاهنا وكنت استشكلته هناك، واخترت ما ذكره صاحب الكافي هناك، موافقاً لما ذكره المصنف في خاتمة الكلام هاهنا فتذكر **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى)** سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده، وهذا جواب الاستحسان. وأما جواب القياس فالخارج أولى، وبه أخذ ابن أبي ليلى. ووجهه أن بينة الخارج أكثر استحقاقاً من بينة ذي اليد لأن الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه مّا، فكانت بينة الخارج أولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق، كذا في النهاية وكثير من الشروح. ووجه الاستحسان ما أشار إليه المصنف بقوله **(لأن البينة)** أي بينة ذي اليد **(قامت على ما لا تدل عليه اليد)** وهو أولية الملك بالنتاج كبينة الخارج **(فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له)** أي لذي اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده. أما قبله فظاهر، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصر مقضياً عليه لأن بينته في نفس الأمر دافعة لبينة الخارج لأن النتاج لا يتكرر، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستنداً إلى حجة فلا يكون معتبراً، كذا قرر في العناية واكتفى به. أقول: يرد عليه أن وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكروا من وجه

عليه اليد وهو الأولية بالنتاج كبينة الخارج **(فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له)** سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده، أما قبله فظاهر، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصر مقضياً عليه لأن بينته في نفس الأمر دافعة لبينة الخارج لأن النتاج لا يتكرر، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستنداً إلى حجة فلا يكون معتبراً. واعلم أن بينة ذي اليد إنما تترجح على بينة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو ارهن، وأما إذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لأن ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو أصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلاً فكانت أكثر إثباتاً فهي أولى **(قوله وهذا)** أي ما ذكرنا من اقضاء لذي اليد **(هو الصحيح)** وإليه ذهب عامة المشايخ

للأصل) أقول: الظاهر أن يقال فكان ملكاً من الأصل قوله: **(لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لا يظهر فيما ذكره من وجه الاستحسان ما يصلح أن يكون جواباً عن وجه القياس فليتأمل قوله: **(لأن بينته في نفس الأمر دافعة الخ)** فلا يكون قوله أكثر استحقاقاً بمعنى التفضيل. ثم اعلم أن قوله بوجه ما متعلق بقوله الثابت قوله: **(ووجه الاستحسان الخ)** أقول: فإن قيل: ما الفرق بينه وبين ما إذا لم يكن لذي اليد بينة على إيداع الغائب عنده حتى قضى القاضي به للمدعي ثم وجد ذو اليد بينة على الإيداع لا تسمع والقضاء للمدعي ماض والدليل الذي ذكره جار فيه. قلنا: ما أمكن ينبغي أن يصان القضاء عن البطلان وتحفظ الحقوق عن التوى، وفي مسألة الإيداع ذلك فإن الغائب إذا جاء وأقام البينة يحكم له بخلاف ما نحن فيه قوله: **(كمسألة كوفة الخ)** أقول: يعني في الشهادة قوله: **(ليست بمعاينة للانفصال)** أقول: يعني لا يلزم فيها معاينة للانفصال.

منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه. (ولو أقام أحدهما

القياس، لأن تساوي البينتين من جهة دلالة كل وجه منهما على أولية الملك بالنتاج لا ينافي أن تكون بينة الخارج أكثر إثباتاً للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة إثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وعدم إثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه مّا على ما صرح به في وجه القياس، فينبغي أن تكون بينة الخارج أولى بناء على زيادة الإثبات. وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركاً ذلك فزادا في تقريرهما شيئاً لدفعه حيث قالا: وأما قوله إن بينة الخارج أكثر استحقاقاً. قلنا: نعم كذلك، إلا أن في بينة ذي اليد سبق التاريخ لأنها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير فكان أولى ألا يرى أنهما لو ادعيا ملكاً مطلقاً وأرّخا وذو اليد أسبقهما تاريخاً يقضي لذي اليد وإن كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى. أقول: ويرد عليه أن كون بينة ذي اليد مثبتة لأولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير إنما نشأ من إثباتها النتاج الذي لا يتكرر، وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج أيضاً لأن كلامنا فيما إذا أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسألة الكتاب هاهنا وفيما إذا لم يذكرا تاريخاً، فإن ما إذا ذكرا تاريخاً مسألة أخرى لها أقسام وأحكام أخر كما سيجيء في آخر هذا الباب، فإذا لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسألتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذي ذكراه هاهنا. واعلم أن وجه الاستحسان الذي لا يحوم حوله شائبة إشكال هاهنا ما روى أبو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه «أن رجلاً ادعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها، فقضى رسول الله ﷺ بها للذي هي في يده»[1] ثم اعلم أنه ذكر في الشروح أخذاً من الذخيرة أن بينة ذي اليد على النتاج إنما تترجح على بينة الخارج إذا لم يدّع الخارج على ذي اليد فعلاً نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك. وأما إذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لأن ذا اليد بينته تثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج بينته تثبت الفعل وهو غير ثابت أصلاً فكانت بينة الخارج أكثر إثباتاً فهي أولى انتهى. ولكن قال عماد الدين في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة: وذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال: دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه وصاحب اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضي بها لصاحب اليد لأنه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الإعارة أو الإجارة أو الرهن والنتاج أسبق من الإعارة والإجارة والرهن فيقضي لذي اليد، وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى (**وهذا**) أي ما ذكر من القضاء لذي اليد (**هو الصحيح**) وإليه ذهب عامة المشايخ (**خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان أنه تتهاتر البينتان ويترك في**

(**خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان إنه تتهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء**) لأن القاضي يتيقن كذب أحد الفريقين لأن نتاج دابة من دابتين غير متصوّر كمسألة كوفة ومكة. ووجه صحة ذلك أن محمداً ذكر في خارجين أقاما البينة على النتاج أنه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد. والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين، لأن كل واحد منهما اعتمد سبباً ظاهراً مطلقاً لأداء الشهادة بناء على أن الشهادة على النتاج ليست بمعاينة للانفصال من الأم بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر في التحليف؛ فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج، وعنده يستحلف (**ولو تلقى كل واحد**) من الخارج وذي اليد (**الملك من رجل**) فكن هناك بائعان (**وأقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه**) فيقضي به لذي اليد كأن البائعين قد حضرا

(١) ضعيف: أخرجه البيهقي ١٠/٢٥٦ من طرق والدارقطني ٢٠٩/٤ كلاهما من حديث جابر بن عبد الله. قال ابن التركماني في الجوهر النقي: في الإسناد الأول للبيهقي: ابن أبي يحيى، وهو مكشوف الحال وشيخه إسحاق بن أبي فروة ضعفه البيهقي في أبواب سجود التلاوة وقال. في باب من فرق بين وجوده قبل القسم، وبعده.: متروك وفي السند الثاني: زيد بن نعيم لا يعرف حاله، وقال صاحب الميزان لا يعرف في غير هذا الحديث، وهو حديث غريب. وقال ابن حجر في التلخيص ٢٩٠/٤: إسناده ضعيف.

البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته، وكذلك إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا **(ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد)** لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية، وكذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص. قال:

يده) أي يترك المتنازع فيه في يد ذي اليد **(لا على طريق القضاء)** أي لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك. وجه قوله إن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين إذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين، وفي مثل هذا تتهاتر البينتان كما في مسألة كوفة ومكة على ما مر في أوّل هذا الباب. وجه صحة ما ذهب إليه العامة أن محمداً رحمه الله ذكر في الخارجين: أقاما البينة على النتاج أنه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد، وكذلك قال: لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما وسواقطها في يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضي بها وبالسواقط لمن في يده أصل الشاة، ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده. والجواب عن قوله إن القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بأن كل واحد منهما اعتمد سبباً ظاهراً مطلقاً لأداء الشهادة، وهذا لأن الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الأم، بل يكفي رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز أن يعتمد سبباً ظاهراً لأداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار إلى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع أن العين الواحد لا يتصوّر أن يكون مملوكاً لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله، ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملاً يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين يباشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين، كذا هاهنا. وعن هذا خرج الجواب عن مسألة مكة وكوفة لأن القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملاً يطلق لكل واحد منهما أداء الشهادة لأن المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود إيقاع الطلاق والعتاق، ولا يتصور سماع الفريقين إيقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة، لأن الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك، أما هاهنا فبخلافه. ثم إن ثمرة الخلاف إنما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه، فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لأن البينتين لما تهاترتا صار كأن البينتين لم تقوما بالشهادة أصلاً فيقضي لذي اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج، وعند العامة لا يحلف، كذا في المبسوط والذخيرة **(ولو تلقى كل واحد منهما)** أي ولو أخذ كل واحد من الخارج وذي اليد **(الملك من رجل)** على حدة فكان هناك مملكان **(وأقام البينة على النتاج عنده)** أي وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه **(فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه)** فيقضي به لذي اليد لأن كل واحد منهما خصم عمن يتلقى الملك منه، فكأن المملكين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضي ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا **(ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان)** أي خارجاً كان صاحب النتاج أو ذا اليد **(لأن بينته)** أي

وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضي ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا **(ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخرة على النتاج فصاحب النتاج أولى)** خارجاً كان أو ذا يد **(لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته، وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا)** أنها تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقي للآخر إلا من جهته **(ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم أقام الثالث البينة على النتاج يقضي له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية)** لأن المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر، فإن أعاد ذو اليد بينته قضى له بها تقديماً لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج، وإن لم يعد قضى بها للثالث **(وكذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا**

(وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة) كغزل القطن **(وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر)** لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجزّ الصوف، وإن كان يتكرّر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخزّ والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به،

لأن بينة صاحب اليد **(قامت على أولية الملك فلا يثبت)** أي فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي من جهته أي من جهة صاحب النتاج، والفرض أن الآخر لم يتلق منه **(وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين)** بأن ادعى أحدهما الملك والآخر النتاج **(فبينة النتاج أولى لما ذكرنا)** من أن بينته تدل على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته **(ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له)** أي للثالث **(إلا أن يعيدها)** أي البينة **(ذو اليد)** فحينئذ يقضى له **(لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية)** لأن المقضى به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضي بثبوته في حق آخر. فإن أعاد ذو اليد بينته قضى له بها تقديماً لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وإن لم يعد قضى بها للثالث. قال في البدائع: فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة، والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره، وإن كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الأولية وأنه لا يحتمل التكرار كالعتق. وجه الفرق أن العتق حق الله تعالى؛ ألا يرى أن العبد لا يقدر على إبطاله حتى لا يجوز استرقاق الحرّ برضاه، ولو كان حق العبد لقدر على إبطاله، وإذا كان حق الله تعالى فالناس في إثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده، فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في إثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة، بخلاف الملك فإنه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب إلا بالإنابة حقيقة أو ثبوت النيابة شرعاً أو اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر، وهذا لا يجوز انتهى **(وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إن أقام البينة على النتاج تقبل)** أي تقبل بينته **(وينقض القضاء)** أي وينقض القضاء الأول. صورته ما إذا أقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضي بها له وينقض القضاء الأول، كذا في النهاية والكفاية **(لأنه بمنزلة النص)** أي لأن إقامة البينة على النتاج بمنزلة النص في الدلالة على الأولية قطعاً، فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص، والقضاء ينقض هناك، كذا هنا، وهذا استحسان. وفي القياس: لا تقبل بينته لأنه صار مقضياً عليه بالملك فلا تقبل، إلا أن يدعي تلقي المِلْك من جهة المقضى له. وجوابه أنه لم يصر مقضياً عليه، لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً والقضاء كان خطأً فأنى يكون مقضياً عليه، كذا في العناية وغيرها. أقول: فيه شيء، وهو أن في ظاهر هذا الجواب خروجاً عن المسألة التي نحن بصددها، فإن عبارة المسألة هكذا: وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج

أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص) في دلالته على الأولية قطعاً فكان القضاء واقعاً على خلافه كالقضاء الواقع عن خلاف النص، وهذا استحسان، وفي القياس لا تقبل بينته لصيرورته مقضياً عليه بالملك. وجوابه أنه لم يصر مقضياً عليه لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً والقضاء كان خطأ فأنى يكون مقضياً عليه. فإن قيل: القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه، فإن ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد. أجيب بأن قضاءه إنما يكون عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها، وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان

فإن أشكل عليهم قضي به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول عنه بخبر النتاج، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل. قال: **(وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد**

تقبل وينقض القضاء، وقد صرح فيها بكونه مقضياً عليه وينقض القضاء، فإنكار كونه مقضياً عليه ينافيه ظاهراً، فالأولى في الجواب أن يقال: إن كونه مقضياً عليه لا يضر بقبول بينته، لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً في نفس الأمر ولكن لم يكن ظاهراً عند القاضي، فإذا ظهر تبين خطأ القضاء الأول فلم يكن معتبراً فينقض كالقضاء بالظاهر في خلافه نص. قال الشراح: فإن قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه، فإن ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد. قلنا: إنما يكون قضاؤه عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها، وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد، فإذا أقام ما يدفع به انتقض القضاء الأول انتهى. أقول: لا يتوجه السؤال رأساً لأن كلامنا في أن المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء، وترجيح ابن أبي ليلى بينة الخارج فيما إذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه. وأما ترجيحه بينة الخارج فيما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما فيما نحن فيه فغير ثابت. وقد تتبعت الكتب ولم أظفر بالتصريح بذلك من أحد قط، وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذي أخذ به ابن أبي ليلى لا يساعد ذلك جداً كما لا يخفى على المتأمل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وكذلك النسج)** أي النسج كالنتاج في أنه لا يتكرر، وكل حكم عرفته في النتاج فهو في النسج كذلك. وصورة المسألة: إذا ادعى رجل ثوباً في يد رجل أنه ملكه بأنه نسجه في ملكه وأقام على ذلك بينة وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضي بالثوب لصاحب اليد، كذا في النهاية **(في الثياب التي لا تنسج إلا مرة واحدة كغزل القطن)** هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد أخرى كالخز. وفي المبسوط: النسج في الثوب موجب لأولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج في الدابة، إلا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد أخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانياً فحينئذ يقضى للخارج **(وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في معنى النتاج)** قد تقدم أن القياس في دعوى النتاج ما ذهب إليه ابن أبي ليلى من أن بينة الخارج أولى، وأن ما ذهبنا إليه من كون بينة ذي اليد أولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة، وهي حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج إلا ما كان في معناه من كل وجه، وكل ما لا يتكرر من أسباب

لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد، فإذا أقاما ما تدفع به انتقض القضاء الأول. قال: **(وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة الخ)** قد تقدم أن القياس ما ذهب إليه ابن أبي ليلى أن بينة الخارج أولى في النتاج من بينة ذي اليد، وما ذهبا إليه استحسان ترك به القياس بما روى جابر رضي الله عنه «أن رجلاً ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها، فقضى رسول الله ﷺ بها للذي هو في يده» فلا يلحق بالنتاج إلا ما كان في معناه من كل وجه، فما لا يتكرر من أسباب الملك إذا دعاه به كان كدعوى النتاج، كما إذا ادعت غزل قطن أنه ملكها غزلته بيدها، وكما إذا ادعى رجل ثوباً أنه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه، أو ادعى لبناً أو ملكه حلبه من شاته، أو ادعى جبناً أنه ملكه صنعه في ملكه، أو لبداً بأنه صنعه، أو مرعزي وهي كالصوف تحت شعر العنز، أو صافاً مجزوزاً بأنه ملكه جزه من شاته وأقام على

قال المصنف: **(وإن كان يتكرر الخ)** أقول: فيه أن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذي اليد أولى فلا بد من الفرق قال المصنف: **(بمنزلة الملك المطلق)** أقول: قال في النهاية: والمعنى فيه أن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكاً بهذا السبب بعد ما كان ملكاً لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه انتهى. وفيه بحث، أما أولاً فلأن السبب يراد لحكمه كما سيجيء بعد أسطر، وأما ثانياً فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك.

أولى) لأن الأول إن كان يدّعي أولية الملك فهذا تلقي منه، وفي هذا لا تنافي فصار كما إذ أقرّ بالملك له ثم ادّعى الشراء منه. قال: **(وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار**

الملك فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص **(كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد)** أي واتخاذ اللبد **(والمرعزي)** أي وجزّ المرعزي إذا شددت الزاي قصرت وإذا خففت مددت، والميم والعين مكسورتان. وقد يقال: مرعزاء بفتح الميم مخففاً ممدوداً وهي كالصوف تحت شعر العنز، كذا في المغرب **(وجزّ الصوف)** فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد لبناً أنه ملكه حلبه من شاته، أو ادعى جبناً أنه ملكه صنعه في ملكه، أو ادعى لبداً أنه ملكه صنعه في ملكه، أو ادعى مرعزي أنها ملكه جزّها من عنزه، أو ادعى صوفاً أنه ملكه جزّه من غنمه وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضي بذلك لذي اليد في هذه الصور كلها، لأن أسباب الملك فيها لا تكون إلا مرة واحدة فكانت في معنى النتاج من كل وجه فألحقت به **(وإن كان يتكرّر)** أي وإن كان سبب الملك يتكرر **(قضى به الخارج بمنزلة الملك المطلق)**. قال صاحب النهاية: والمعنى فيه أن الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكاً له بهذا السبب بعد ما كان ملكاً لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه، بخلاف الفصل الأول فإن الثوب الذي لا ينسج إلا مرة إذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصوّر أن يصير للخارج بنسجه فكان في معنى دعوى النتاج انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث. أما أوّلاً فلأن السبب يراد لحكمه كما سيجيء بعد أسطر. وأما ثانياً فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى. أقول: كلا بحثيه ساقط جداً. أما الأول فلأنه لا يقضي هاهنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال: إن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة إلى ذي اليد حيث كان المدعي للخارج، بل إنما يقضي هاهنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها أكثر إثباتاً كما في الملك المطلق فلم يعتبر إلا سبب واحد هو للخارج، بخلاف ما سيجيء بعد أسطر حيث يقضي هناك على قول محمد بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعي للخارج؛ فيتجه عليه من قبل الإمامين أن يقال: إن السبب يراد لحكمه وهو الملك، وحيث لم يثبت الملك لذي اليد لم يكن السبب مفيداً لحكمه بالنسبة إليه فلم يعتبر، وسيتضح لك الأمر هناك إن شاء الله تعالى. وأما الثاني فلأن ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الأسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك، بل هو مجرد بيان كون دعوى الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على أولية الملك كالنتاج، بل يحتمل أن يثبت به الملك أوّلاً وثانياً كالملك المطلق، وإنما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج أكثر إثباتاً من بينة ذي اليد كما تحقق في مسألة دعوى الملك المطلق ولا حاجة إلى بيانه هاهنا، ومفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان. واستشكل ذلك البعض قول المصنف وإن كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه: إن الشراء سبب يتكرّر مع أن بينة ذي اليد أولى فلا بد من الفرق. أقول: إذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما إذا ادعيا الملك المطلق فلا تفاوت بينهما على ما صرح به في عامة المعتبرات، وذكره الشارح الإتقاني فيما مر نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام فلا اشتباه هناك. وأما إذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذي اليد أولى كما مر في الكتاب. فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو أن كلا من الخارج وذي اليد هناك أثبت ببينته الاستحقاق على ثالث

ذلك بينة فادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة، فإنه يقضي بذلك لذي اليد لأنه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص، وما تكرر من ذلك قضى به للخارج؛ فالخزّ وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزّاً، قيل هو ينسج فإذا بلي يغزل مرة أخرى وينسج، فإذا ادعى ثوباً أنه ملكه من خزه، أو ادعى داراً أنها ملكه بناها بماله، أو ادعى غرساً أنه ملكه غرسه، أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حباً آخر من الحبوب وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه

في يد ذي اليد) قال: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لأن القبض دلالة السبق على ما مر، ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده. ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع، كذا هاهنا، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيده. ثم لو شهدت البينتان على

حيث ادعيا تلقي الملك من جهته كما صرحوا به، فكان ما ادعياه سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق، بخلاف ما نحن فيه، ولعل في كلام المصنف إيماء إلى ذلك حيث قال: وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر، ثم قال: وإن كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازاً عن سبب الاستحقاق **(وهو)** أي السبب المتكرر في الملك **(مثل الخز)** أي مثل نسج الخز: وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً، كذا في المغرب. قيل: هو ينسج فإذا بلي يغزل مرة أخرى وينسج **(والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب)** أي وزراعة الحنطة وسائر الحبوب، فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ثوباً أنه ملكه نسجه من خزه، أو ادعى داراً أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرساً أنه ملكه غرسه. أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حباً آخر من الحبوب كذلك وأقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج في هذه الصور كلها لأن أسباب الملك فيها ليست في معنى النتاج لتكررها أما الخز فلما نقلناه، وأما البناء فلأنه يكون مرة بعد أخرى، وأما الغرس فكذلك، وأما الحنطة والحبوب فلأنها تزرع ثم يغربل التراب فتتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية، فإذا لم تكن في معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق **(فإن أشكل)** أي فإن أشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه **(يرجع إلى أهل الخبرة)** أي يسأل القاضي أهل العلم عن ذلك: يعني العدول منهم ويبني الحكم على قولهم **(لأنهم أعرف به)** قال الله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ [الأنبياء: ٧] الواحد منهم يكفي والاثنان أحوط، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط والذخيرة **(فإن أشكل عليهم)** أي فإن أشكل ذلك على أهل الخبرة أيضاً **(قضى به)** أي بالمشكل **(للخارج لأن القضاء ببينته)** أي ببينة الخارج **(هو الأصل)** لأنه القياس **(والعدول عنه بخبر النتاج)** أي والعدول عن الأصل كان بخبر النتاج: أي بحديث النتاج، وهو حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل في وجه الاستحسان **(فإذ لم يعلم يرجع إلى الأصل)** الذي هو القياس **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه)** أي من ذلك الخارج **(كان صاحب اليد أولى، لأن الأول)** أي الخارج **(إن كان يدعي أولية الملك)** وفي بعض النسخ: إن كان يثبت أولية الملك **(فهذا)** أي فصاحب اليد **(تلقى منه)** أي تلقى الملك من ذلك الخارج **(وفي هذا لا تنافي)** كما لا يخفى **(فصار)** أي

بينة قضى به للخارج لأنها ليست في معنى النتاج لتكررها، أما الخز فلما نقلناه، وأما في الباقية فإن البناء يكون مرة بعد أخرى، وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم يغربل التراب فتميز الحبوب ثم تزرع ثانية، وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به **(فإن أشكل)** شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه **(يرجع إلى)** العدول من **(أهل الخبرة)** ويبنى الحكم عليه. قال الله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ **(فإن أشكل على أهل الخبر قضى به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول كان بخبر النتاج)** كما روينا **(وإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل. قال: وإذا أقام الخارج البينة على الملك الخ)** وإذا أقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أولى، لأن الخارج إن كان يدعي أولية الملك فذو اليد تلقى منه، ولا تنافي في هذا فصار كما لو أقرّ ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه قال: **(وإن أقام الخارج البينة أنه اشتراها من ذي اليد وأقامها ذو اليد أنه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد)** قال المصنف **(وهذا عند**

قوله: **(ثم باع ولم يقبض)** أقول: يعني ولم يقبض الخارج.

نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده. ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع، لأن الجمع غير

فصار حكم هذه المسألة (كما إذا أقر بالملك له) أي كما إذا أقرّ صاحب اليد بالملك للخارج (ثم ادعى) أي صاحب اليد (الشراء منه) أي من الخارج. قال صاحب النهاية: ذكر في الفصول: والحاصل أن الخارج مع ذي اليد إذا ادعيا ملكاً مطلقاً ففي كل الصور الخارج أولى، إلا إذا أقام صاحب اليد بينة على النتاج أو أرّخا وتاريخ صاحب اليد أسبق، وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب تترجح بينة صاحب اليد أيضاً، وهي فيما إذا أقام الخارج البينة على الملك وأقام صاحب اليد البينة على أنه اشتراه من المدعي، إن كان المدعي أثبت أولية الملك فهذا تلقى منه، فحصل من هذا أن بينة ذي اليد تترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلاث التي ذكرناها انتهى. أقول: لا مساس لهذه الصورة التي ذكرت في الكتاب بما ذكر في الفصول، لأنه فيما إذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ملكاً مطلقاً على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول. والحاصل أن الخارج مع ذي اليد إذا ادعيا ملكاً مطلقاً الخ، وما ذكر في الكتاب فيما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة إلى الصورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء، وجعل ما تترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صوراً ثلاثاً كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له، لأنه إن أراد أن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما إذا ادعيا الملك المطلق هذه الصور الثلاث ليس بصحيح كما لا يخفى، وإن أراد أن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما إذا ادعيا الملك المطلق أو غيره هذه الصور الثلاث فليس بتام، لأن ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقاً غير منحصر في هذه الصور الثلاث بل متحقق في غيرها أيضاً، كما إذا ادّعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ أحدهما أسبق على ما سبق في الكتاب (قال) أي القدوري في مختصره (وإن أقام كل واحد منهما) أي من الخارج وذي اليد (البينة على الشراء من الآخر) أي أقام الخارج البينة على أنه اشترى هذه الدار مثلاً من ذي اليد وأقامها ذو اليد على أنه اشتراها من الخارج (ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد) بغير قضاء (قال) أي المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعلى قول محمد يقضي بالبينتين وتكون) أي وتكون الدار (للخارج لأن العمل بهما) أي بالبينتين (ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) أي ثم باع ذو اليد من الخارج (ولم يقبض) الخارج (لأن القبض دلالة السبق) أي لأن قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء (كما مر)

أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد يقضى بهما لإمكان العمل بهما، وذلك بأن يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لأن القبض دلالة السبق كما مر، ولا يعكس) أي لا يجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أوّلاً ثم باعه إياه (لأن) ذلك يستلزم (البيع قبل القبض) وذلك (لا يجوز وإن كان في العقار عنده. ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين، وفيه التهاتر بالإجماع كذا هاهنا، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك) يعني أن السبب إذا كان مفيداً للحكم كان معتبراً وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات (و) هاهنا (لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق) للخارج لأنا إذا قضينا ببينة ذي اليد إنما نقضي ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب مفيداً لحكمه بالنسبة إليه (فبقي القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد. ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) فإن البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً الثمن عند مشتريه فيتقاصّ الوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع) لكن على اختلاف التخريج، فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل

قوله: (لحكمه وهو الملك) أقول: قوله هو راجع إلى الحكم.

ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعتين بخلاف الأول. وإن وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت

إشارة إلى قوله وإن لم يذكرا تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى **(ولا يعكس الأمر)** أي لا فيجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أوّلاً ثم باعها إياه **(لأن البيع قبل القبض لا يجوز)** يعني أن العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز **(وإن كان)** أي وإن كان البيع **(في العقار عنده)** أي عند محمد رحمه الله **(ولهما)** أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله **(أن الإقدام على الشراء إقرار منه)** أي من المشتري **(بالملك للبائع فصار)** أي فصار أمر هذه المسألة **(كأنهما)** أي البينتين **(قامتا على الإقرارين)** أي على الإقرارين من الطرفين **(وفيه التهاتر[1] بالإجماع فكذا هنا)** أي فيما نحن فيه **(ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك)**، هذا دليل آخر متضمن للجواب عما قاله محمد أن العمل بالبينتين ممكن: يعني أن السبب لا يراد لنفسه وإنما يراد لحكمه، فإذا كان مفيداً لحكمه كان معتبراً وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات **(وهاهنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق)** أي للخارج، لأنا إذا قضينا ببينة ذي اليد فإنما نقضي ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة هاهنا مفيداً لحكمه بالنسبة إليه **(فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيده)** فلم يكن معتبراً فلم يمكن العمل بالبينتين. أقول: لمطالب أن يطالب بالفرق بين مسألتنا هذه على قولهما وبين ما إذا أقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على النتاج ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند أئمتنا الثلاثة على ما هو الصحيح، بل قضى ببينة ذي اليد له بناء على أن البينتين استوتا في الإثبات وترجحت بينة ذي اليد باليد كما مر وتهاترتا هاهنا عندهما مع الاشتراك في العلة المذكورة هناك، فتأمل في الفرق **(ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا)** أي إذا استوى الثمنان **(لوجود قبض مضمون من كل جانب)** لعدم القضاء بشيء من العقدين عندهما وإن كان أحد الثمنين أكثر رجع بالزيادة كذا في شرح الكنز للزيلعي، ثم إن هذا أي القصاص إذا كان المقبوض هالكاً وإن كان قائماً وجب رده، كذا في الكافي. فإن قلت: تهاترت البينتان في الشراء عندهما فينبغي أن يكون كذلك في حق النقد لأنه في ضمنه. قلت: أمكن أن لا تقبل البينة في حق شيء وتقبل في حق شيء آخر، كالمرأة إذا أقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل كذا في شرح تاج الشريعة **(وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده)** أي لوجوب الثمن عند محمد فإن البينتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً للثمن عند مشتريه فيتقاصّ الوجوب بالوجوب **(ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا)** أي البينتان **(بالإجماع)** لكن على اختلاف التخريج؛ فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه، وفي مثل هذا الإقرار تتهاتر الشهود فكذلك هاهنا. وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض، وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر لاحقاً. فإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطا للتعارض فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المصنف **(لأن الجمع غير ممكن عند**

منهما بالملك لصاحبه، وفي مثل هذا الإقرار تهاتر الشهود فكذلك هاهنا. وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر لاحقاً، وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطاً فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت، وهو معنى قوله: **(لأن الجمع غير ممكن)** لأن الجمع عبارة عن إمكان العمل بهما وهاهنا لم يمكن **(وإن وقتت البينتان في العقار)** وقتين، فإما أن يكون وقت الخارج أسبق أو وقت ذي اليد، وكل منهما على وجهين: إما أن يشهدوا بالقبض أو لا، فإن كان وقت الخارج

---

(١) التهاتر: تهاتر الرجلان إذا ادّعى كل واحدٍ على الآخر باطلاً، وتهاترت البينات: إذا تساقطت وبطلت اهـ. مصباح.

الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أوّلاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد، وهو جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح له بيعه قبل القبض فبقي على ملكه. وإن أثبتا قبضاً يقضى لصاحب اليد لأن البيعين جائزان على القولين، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في

محمد) أي لأن العمل بهما غير ممكن عنده **(لجواز كل واحد من البيعين)** مع عدم أولوية أحدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالته، فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين بحيث متى لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما، فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف، وهاهنا أيضاً لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقيت العين في يد صاحب اليد كما كانت **(بخلاف الأول)** أي بخلاف ما إذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقاً وبيعه لاحقاً لدلالة القبض على السبق، إذ لو جعل شراء الخارج سابقاً لزم البيع قبل لقبض كما مر، هذا زبدة ما في جملة الشروح في حل هذا المقام. أقول: لقائل أن يقول: لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما حيث يجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما إذا ادعى اثنان عيناً في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا هناك بالعين بينهما نصفين كما مر في صدر هذا الباب. وأيضاً قلنا: إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها منه وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العين بنصف الثمن، وإن شاء ترك. وقد مرّت هذه المسألة أيضاً في هذا الباب، وقد مرّت فيه أيضاً مسائل أخرى مشتركة في هذا الحكم: أعني التنصيف بلا خلاف بين أئمتنا. ولا يخفى أن ما ذكروا هاهنا لتخريج محمد رحمه الله ينتقض بكل واحدة منها فتدبر. وفي الكافي: وما ذكره في الهداية من أنه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع، لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين يخالف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من أنه لو شهدوا بالبيع والقبض يقضي بالبينتين عند محمد فيقضي بالدار لذي اليد، لأن البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن لأنهما أثبتا العقدين والقبض يجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها انتهى **(وإن وقتت البينتان في العقار)** وقتين، قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(ولم تثبتا قبضا)** أي ولم تثبت البينتان قبضا، وفي بعض النسخ: ولم تبينا قبضا **(ووقت الخارج أسبق)** أي والحال أن وقت الخارج أسبق **(يقضي لصاحب اليد عندهما)** أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف **(فيجعل كأن الخارج اشترى أوّلاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما، وعند محمد يقضي للخارج لأنه لا يصح بيعه)** أي بيع العقار **(قبل القبض عنده فبقي على ملكه)** أي فإذا لم يصح بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج **(وإن أثبتا قبضا)** أي وإن أثبتت البينتان قبضا وباقي المسألة على حاله. وفي بعض النسخ: وإن بينتا قبضا **(يقضي لصاحب اليد)** أي بالإجماع فيجعل كأن الخارج باع ذلك من بائعه بعد ما قبضه **(لأن البيعين)** أي بالوجه المزبور **(جائزان على القولين)** أي على قولهما وقول محمد **(وإن كان وقت صاحب اليد أسبق)** وباقي المسألة على حاله **(يقضي للخارج في الوجهين)** أي سواء أثبتت البينتان القبض أو لم تثبتاه **(فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم)** أي ثم باع ذو اليد من الخارج

أسبق **(فإن لم يشهدوا بالقبض قضى بها لذي اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيجعل كأن الخارج اشترى أوّلاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فإنه جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضي بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقي على ملكه، وإن شهدوا بالقبض يقضي بها لصاحب اليد)** بالإجماع لأنه يجعل كأن الخارج باعها من بائعه بعدما قبضها، وذلك صحيح على القولين جميعاً **(وإن كان وقت ذي اليد أسبق يقضي للخارج في الوجهين)** جميعاً، يعني سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا، أما إذا شهدوا به فلا إشكال، وأما إذا لم يشهدوا فيجعل كأن ذا اليد اشتراها وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم إليه، والمصنف جمع الوجهين في قوله فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم، وهذا باعتبار عدم إثبات

الوجهين فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر. قال: **(وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء)** لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف. قال: **(وإذا كانت دار في يد رجل ادّعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة)** اعتباراً بطريق المنازعة، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف

ولكن لم يسلم إليه هذا باعتبار عدم إثبات القبض **(أو سلم)** أي سلم ذو اليد إلى الخارج **(ثم وصل إليه)** أي إلى ذي اليد **(بسبب آخر)** من إجارة أو إعارة أو غيرهما، وهذا باعتبار إثبات القبض، فقد جمع المصنف الوجهين في تقريره هذا كما ترى. فإن قلت: بقي من أقسام المسألة المارة صورتان لم تذكرا في الكتاب: إحداهما أن تؤقت البينتان وقتاً واحداً، وثانيتهما أن تؤقت إحدى البينتين وقتاً ولم تؤقت الأخرى فما حكمهما؟ قلت: حكم كل واحدة منهما كحكم ما إذا لم تؤقتا أصلاً نص عليه في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء)** أي الاثنان والأربعة من الشهود سواء **(لأن شهادة كل شاهدين علة تامة)** لوصولها إلى حد النصاب الكامل **(كما في حالة الانفراد)** في غير الشهادة في الزنا **(والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل)** يقع **(بقوة فيها)** أي في العلة؛ ألا يرى أن الخبر لا يترجح بخبر آخر والآية لا تترجح بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوّة **(على ما عرف)** أي في علم أصول الفقه، وكذلك الشهادتان إذا تعارضتا وإحداهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة ولا تترجح بزيادة عدد الشهود لأنها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها، وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر لا أن يكون بعضها صفة للبعض، إلى هذا أشار في التقويم، كذا في النهاية **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتباراً لطريق المنازعة، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما)** فتجعل الدار على أربعة لحاجتنا إلى حساب له نصف ولنصفه نصف وأقله أربعة، كذا في الكافي **(وقالا)** أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله **(هي)** أي الدار **(بينهما)** أي بين المدعيين **(أثلاثاً فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين)** أي يأخذ بحسب كل حقه سهمين. وفي المغرب: وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث: أي يأخذ منه شيئاً بحكم ماله من الثلث، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وصاحب النصف بسهم واحد)** أي وصاحب النصف يضرب بكل حقه أيضاً وهو سهم واحد إذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا إلى عدد له نصف صحيح، وأقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد **(فتقسم)** بينهما **(أثلاثاً)** أي فتقسم الدار بين

القبض، أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر من عارية أو إجارة باعتبار إثبات القبض. قال: **(وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء، لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بها بقوة فيها)** ألا ترى أن الخبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه، والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة **(كما عرف)** في أصول الفقه، والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة، ولا تترجح بكثرة العدد لأنها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل. قال: **(وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها**

قوله: **(أما إذا شهدوا به فلا إشكال)** أقول: فيه بحث.

بينهما (**وقالا: هي بينهما أثلاثاً**) فاعتبرا طريق العول والمضاربة، فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثاً، ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في

المدعيين أثلاثاً ثلثاها لمدعي الجميع وثلثها لمدعي النصف. واعلم أن أصل أبي حنيفة أن المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه، كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه، وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه، والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسألتنا هذه، والموصى له بأكثر من الثلث. وأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة، ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة، أو باعا فعلى هذين الأصلين أمكن الاتفاق بين الأئمة الثلاثة على العول وعلى المنازعة وأمكن الافتراق، فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة، أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شيء، وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة، ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي، أما على أصله فلأنه ليس بسب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحوّل بالشراء إلى المبيع. ومما افترقوا فيه مسألتنا هذه، فعلى أصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سبباً صحيحاً فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب، وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين، بمعنى أن حق كل منهما شائع فيها، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه، فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب. ثم اعلم أن أصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة، فإن قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين، ومع ذلك كانت القسمة عولية، كذا في المبسوط. قال المصنف (**ولهذه المسألة نظائر وأضداد**) أي للمسألة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة بالمنازعة وصاحباه بالعول كما في هذه المسألة، وأضداد حكم فيها أبو حنيفة بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما في هذه المسألة (**لا يحتملها**) أي النظائر والأضداد (**هذا المختصر**) يعني الهداية (**وقد ذكرناها في الزيادات**) فمن

عند أبي حنيفة اعتباراً بطريق المنازعة) وعندهما هي بينهما أثلاثاً اعتباراً بطريق العول والمضاربة. والأصل في ذلك أن عند أبي حنيفة أن المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب: أي يأخذ بحسب كل حقه بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسألتنا هذه والموصى له بأكثر من الثلث. وعندهما أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة، ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المناعة؛ كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعاً، فعلى هذا أمكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق. ومما اتفقو على العول فيه العول في التركة. أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شيء، وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة. ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي؛ أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحوّل بالشراء إلى المبيع ومما افترقوا فيه مسألتنا هذه فعلى أصل أبي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سبباً صحيحاً فكانت القسمة على طريق المنازعة، فيقول مدعي النصف: لا دعوى له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد أقاما عليه البينة، والتساوي في سبب الاستحقاق

الزيادات. قال: (ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء) لأنه خارج في النصف فيقضي ببينته، والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له، ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالماً بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده. قال: (وإذا تنازعا في دابة

نظائرها: الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة، والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك إذا لم يكن للميت مال سواه. ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا اذانه أحد المولبين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم، فالقسمة بين المولى المدين والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثاً، وعندهما بطريق المنازعة أرباعاً، وكذا المدبر إذا قتل رجلاً خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولى. قيمته لهما، كذا في الكافي والشروح، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصور **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ولو كانت في أيديهما)** أي ولو كانت الدار في أيدي المدعيين والمسألة بحالها **(سلم لصاحب الجميع)** أي لمدعي الجميع **(نصفها على وجه القضاء)** وهو الذي كان بيد الآخر **(ونصفها لا على وجه القضاء)** وهو الذي كان بيد نفسه **(لأنه خارج في النصف)** أي لأن صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في النصف الذي كان في يد مدعي النصف **(فيقضي ببينته)** أي فيقضي ببينة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على أن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله **(فالنصف الذي في يديه)** أي في يدي صاحب الجميع **(صاحبه لا يدعيه)** أي صاحب صاحب الجميع: أي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف **(لأن مدعاه)** أي مدعي صاحبه وهو مدعي النصف **(النصف وهو في يده سالم له)** توضيحه أن دعوى مدعي النصف منصرفة إلى ما في يده لتكون يده يداً محقة في حقه، لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، فمدعي النصف لا يدعي شيئاً مما في يد صاحب الجميع لأن مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة، كذا في الكافي **(ولو لم ينصرف إليه دعواه)** أي ولو لم ينصرف دعوى مدعي النصف إلى النصف الذي في يده **(كان ظالماً بإمساكه)** أي كان مدعي النصف ظالماً بإمساك ما في يده، وقضية وجوب حمل أمر المسلم على الصحة قاضية بخلافه **(ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده)** أي وإذا لم يدع مدعي النصف النصف الذي في يدي مدعي الجميع، ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يدي مدعي الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء أيضاً فيثبت المدعي بشقيه. قال صاحب العناية: الأصل في هذه المسألة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف إلى ما في يده كي لا يكون في إمساكه ظالماً حملاً لأمور المسلمين على الصحة، وأن بينة

يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف الربع، وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين على معنى أن حق كل منهما شائع فيها، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه، فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول، فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان، فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فتكون بينهما أثلاثاً. ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا تحتملها المختصرات. قال المصنف **(وقد ذكرناها في الزيادات)** فمن نظائرها: الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة. ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا أدانه أحد المولبين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولي المدين والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثاً، وعندهما بطريق المنازعة أرباعاً، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج. قال: **(ولو كانت الدار في أيديهما الخ)** الأصل في هذه المسألة أن دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف إلى ما في يده لئلا يكون في إمساكه ظالماً حملاً لأمور المسلمين على الصحة، وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد، فإذا كانت الدار في أيديهما فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيئاً ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه إقامة البينة، فإن أقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء، وهو الذي كان بيد صاحبه لأنه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد، وبينة الخارج أولى فيقضي له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده

وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخاً وسنّ الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لأن الحال يشهد له فيترجح **(وإن أشكل ذلك كانت بينهما)** لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً. وإن خالف سنّ الدابة

الخارج أولى من بينة ذي اليد انتهى. أقول: فيه نظر، وهو أن انصراف دعوى مدعي الجميع من المدعيين إلى ما في يده غير معقول لأنه إن جعل الذي في يده الكل لا يبقى للمقدمة القائلة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد محل في هذه المسألة. ولا يصح قول المصنف لأنه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في أثناء الشرح ومدعي الكل مدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف، وإن جعل الذي في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه إلى ما في يده لأنه يدعي الكل وهو ليس في يده، وأيضاً لا يتم قوله كي لا يكون في إمساكه ظالماً بالنسبة إليه لأن الإنسان لا يكون ظالماً بإمساك حقه وإن كان في يد غيره، ومدعي الكل يدعي أن جميع ما في أيديهما حقه، فالحق أن الذي ينصرف دعواه إلى ما في يده إنما هو مدعي النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره، وقد مرّ بنا في أثناء شرح كلام المصنف **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا تنازعا)** أي تنازع اثنان **(في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى)** أي الذي يوافق سن الدابة تاريخه أولى من الآخر **(لأن الحال يشهد له)** يعني أن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له **(فيترجح)** أي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه. واعلم أنه لا فرق في هذا بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث، لأن المعنى لا يختلف؛ بخلاف ما إذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد إن كانت في يد أحدهما أو لهما إن كانت في أيديهما أو بيد ثالث، كذا ذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز **(وإن أشكل ذلك)** أي سن الدابة **(كانت بينهما)** أي كانت الدابة بينهما نصفين **(لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً)** هذا الجواب في الخارجين وإن كان أحدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقتت البينتان وقتين، فإن كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد، وإن كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد إما لظهور علامة الصدق في بينته أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلة، كذا في المبسوط، ولم يذكر فيه ما إذا كان سن الدابة بين الوقتين. وذكر في الذخيرة: في ذلك تتهاتر البينتان عند عامة المشايخ وتترك الدابة في يد صاحب اليد، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وإن خالف سن الدابة الوقتين)** قال الشراح: أي في دعوى الخارجين. أقول: لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سأبين **(بطلت البينتان، كذا ذكره الحاكم لأنه ظهر كذب الفريقين)** وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضاً **(فتترك)** أي الدابة **(في يد من كانت في يده)** والظاهر أن هذا يعم الصور الثلاث: أعني ما إذا كانت الدابة في يد ثالث، وما إذا كانت في أيديهما، وما إذا كانت في يد أحدهما، إذ لا فارق بينهن في الوجه الذي ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة في التقييد المار. وفي المبسوط: من مشايخنا من قال: تبطل البينتان، والأصح ما قاله محمد من الجواب، وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين: يعني فيما إذا كان سن الدابة

لأن صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال: **(وإذا تنازعا في دابة الخ)** إذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى، لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح، وإن أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لأنه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاماها ولا تاريخ لهما، هذا إذا كانا خارجين، وإن كان أحدهما ذا اليد فإن وافق سن الدابة تاريخه أو أشكل قضى بها لذي اليد، إما لظهور علامة الصدق في شهوده، أو سقوط اعتبار التوقيت بالإشكال، وإن كان في سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ: تهاتر البينتان وتترك الدابة في يد ذي اليد قوله: **(وإن خالف سن الدابة الوقتين)** يعني في الخارجين **(بطلت البينتان، كذا ذكره الحاكم)** لأنه ظهر كذب الفريقين، وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضاً، فتترك الدابة في يد

الوقتين بطلت البينتان، كذا ذكره الحاكم رحمه الله لأنه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده. قال: **(وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما)** لاستوائهما في الاستحقاق.

مشكلاً، وفيما إذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين. أما إذا كان مشكلاً فلا شك فيه، وكذلك إذا كان على غير الوقتين، لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما، وفي هذا الموضع في اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلاً وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين، وهذا لأنا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هي في يد ذي اليد، وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق، كذا ذكر في أكثر الشروح. قال صاحب العناية بعد نقل ذلك: وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال: إذا كان سن الدابة مشكلاً يقضي بينهما نصفين، وإن كان مخالفاً للوقتين لا يقضي لهما بشيء وتترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة، ولعل هذا هو الأصح. وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء، لأن مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة، واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى. أقول: يمكن أن يجاب عن قوله وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء إلى قوله لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب بأن الموجود مكذب الوقتين لا مكذب أصل البينتين، فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار أصل البينتين وهو إثبات الاستحقاق للمدعيين على ذي اليد فلا قادح لما في المبسوط، ويرشد إلى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وإن خالف سنها الوقتين جميعاً سقط الوقت، كذا ذكره في ظاهر الرواية لأنه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت. وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاترت البينتان. قال: وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعي في يد صاحب اليد كما كان. والجواب أن مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلاً ورأساً، انتهى كلامه، فتأمل ترشد **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما)** أي العبد بين المدعيين **(لاستوائهما)** لأن المودع لما جحد الوديعة صار غاصباً فصار دعوى الوديعة والغصب سواء، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين.

من هي في يده قضاء ترك كأنهما لم يقيما البينة قال في المبسوط: الأصح ما قاله محمد من الجواب، وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين: يعني فيما إذا كان سن الدابة مشكلاً، وفيما إذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين. أما إذا كان مشكلاً فلا شك فيه، وكذلك إن كان على غير الوقتين لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما، وفي هذا الموضع في اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلاً، وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين، وهذا لأنا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وتترك هي في يد ذي اليد، وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق. وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال: إذا كان سن الدابة مشكلاً يقضي بينهما نصفين، وإن كان مخالفاً للوقتين لا يقضي لهما بشيء وتترك في يد ذي اليد قضاء ترك، فكأنهما لم يقيما البينة، ولعل هذا هو الأصح. وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء لأن مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة، واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب **(وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهما سواء)** لأن المودع لما جحد صار غاصباً، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين.

قوله: (وقد اتفق الفريقان الخ) أقول: في غاية البيان تفصيل متعلق بالمقام فراجعه.

فصل في التنازع بالأيدي

قال: **(وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى)** لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك **(وكذلك إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى)** بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون

فصل في التنازع بالأيدي

لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما أن الأول أقوى، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى اليد **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا تنازعا)** أي تنازع اثنان **(في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه)** أي تصرف الراكب **(أظهر، فإنه)** أي الركوب **(يختص بالملك)** يعني غالباً. قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: بخلاف ما إذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقة، وبينة الخارج أكثر إثباتاً على ما بيناه. وأما التعلق فليس بحجة، وكذا التصرف، لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى **(وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب)** أي في السرج **(أولى)** لأن العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفاً، كذا في الكافي وغيره. واعلم أن ما ذكر في الكتاب من أن كون الراكب في السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطفي في الأجناس عن نوادر المعلى. وأما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان، كذا في غاية البيان والعناية **(بخلاف ما إذا كانا راكبين)** يعني في السرج **(حيث تكون)** أي الدابة **(بينهما)** قولاً واحداً **(لاستوائهما في التصرف)** أما إذا كان أحدهما ممسكاً بلجام الدابة والآخر متعلقاً بذنبها. قال مشايخنا: ينبغي أن يقضي للذي هو ممسك بلجامها لأنه لا يتعلق باللجام غالباً إلا المالك، أما الذنب فإنه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره، كذا في النهاية وغيرها نقلاً عن الذخيرة **(وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما ولآخر كوز متعلق فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف)** فهو ذو اليد **(وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لأنه أظهرهما تصرفاً)** ولهذا يصير به غاصباً، كذا في الشروح **(ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما)** وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما، كذا في الشروح. قال المصنف **(معناه لا على طريق القضاء)** أي معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لا على طريق القضاء، وعلل المسألة بقوله **(لأن القعود ليس بيد عليه)** أي على البساط حتى لا يصير غاصباً به **(فاستويا)** أي فاستويا المتنازعان فيه فيجعل في أيديهما لعدم المنازع لهما. هذا وقال صاحب النهاية في حل هذا المقام: لأن اليد على

فصل في التنازع بالأيدي

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما أن الأول أقوى، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى اليد قال: **(وإذا تنازعا في دابة الخ)** إذا تنازع اثنان في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى، لأن تصرفه أظهر لأن الركوب يختص بالملك يعني غالباً **(وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى)** لما ذكرنا ونقل الناطفي هذه الرواية من النوادر، وأما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان، بخلاف ما إذا كانا راكبين في السرج فإنها بينهما قولاً واحداً لاستوائهما في التصرف، وكذا إذا تنازعا في بعير ولأحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف **(وإذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فلابسه أولى لأنه أظهرهما تصرفاً)** ولهذا يصير به غاصباً **(ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما لا**

فصل في التنازع بالأيدي

قوله: **(لأن الركوب يختص بالملك الخ)** أقول: قال العلامة الزيلعي: بخلاف ما إذا أقاما البينة انتهى. يعني المتعلق باللجام أو الكم، ثم قال الزيلعي: حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقاً وبينة الخارج أكثر إثباتاً. وأما التعلق فليس بحجة، وكذا التصرف، لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده، واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح انتهى.

بينهما لاستوائهما في التصرف **(وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما فصاحب الحمل أولى)** لأنه هو المتصرف **(وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى)** لأنه أظهرهم تصرفاً **(ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما)** معناه لا على طريق القضاء لأن القعود ليس بيد

البساط لا تثبت إلا بإحدى الطريقين؛ إما بإثبات اليد عليه حساً بالنقل والتحويل، وإما بكونه في يده حكماً بأن كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك في البساط فإنا نراه موضوعاً على قارعة الطريق لما علم أنه ليس في يد غيرهما ولا في يدهما وهما مدعيان يقضي بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى. أقول: يرد عليه أن هذا الشرح لا يطابق المشروح، لأن المصنف قال: معناه لا على طريق قضاء وهو يقول يقضى بينهما فبينهما تدافع ظاهر. فإن قلت: يجوز أن يكون مراد المصنف لا على طريق القضاء الاستحقاق، ومراد الشارح يقضي بينهما قضاء الترك فلا تدافع بينهما. قلت: لا مجال لأن يكون المراد بالقضاء بينهما هاهنا قضاء الترك أيضاً، إذ لا بد في قضاء الترك من أن يعرف كون المدعي في يد المدعي كما يفصح عنه ما ذكره صاحب العناية أيضاً هناك وصاحب النهاية نقلاً عن الذخيرة فيما سيجيء في مسألة التنازع في الحائط حيث قال: ومعنى القضاء بينهما أنه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك، فإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما معاً لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضي بينهما انتهى. فإنه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في أيديهما من جهة أن الأول فيما عرف كون المدعي في أيديهما والثاني فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم تتحقق يد لواحد من المدعيين على ما تقرر آنفاً فلم يعرف كون المدعي في أيديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك أيضاً فلم يتيسر التوفيق المذكور، فكأن صاحب العناية تنبه لهذا فقال: لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته، والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يداً عليه فليس بأيديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في أيديهما، لكن هذا أيضا لا يخلو عن قصور، لأن استعمال الترك في اليد يقتضي سبق تحقق اليد، وهاهنا ليس كذلك كما تبين، فحق الكلام في هذا المقام أن يقال فيجعل في أيديهما: أي يوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكرته فيما قبل لأنه حينئذ يطابق الشرح المشروح، ويطابق المقام ما يظهر مما سيجيء في مسألة التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في أيديهما بلا قضاء. وأيضاً لا تبقى الحاجة حينئذ إلى ما ذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسألتنا هذه وبين مسألة الدار إذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضي بها بينهما ولا إلى ما ارتكبوا في وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهم، إذ يظهر حينئذ أن حكم كل واحدة من هاتين المسألتين أن لا يقضي بين المدعيين بالمدعي بناء على أن ليس لأحد منهما يد عليه حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء، بل أن يجعل المدعي في أيديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما في

على طريق القضاء) لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته، والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يداً عليه فليس بأيديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما، وبهذا فرق بينه وبين الدار إذا ادّعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره، لأن عدم يد الغير فيها غير معلوم، لأن اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم، لأنها بعد أن كانت في مكانها الذي يثبت يد المختط له فيه عليها لم تتحول إلى محل آخر فكانت يده ثابتة عليها حكماً ولم يعلم به القاضي، وجهالة ذي اليد لا تجوّز القضاء لغيره، لأن شرط جوازه العلم بأن

فأقول: المفهوم منه أن القضاء للراكب واللابس قضاء ترك فتأمل فيه فإنه خلاف ما يفهم من الكتاب قوله: **(حيث لم يقض بها)** أقول: بل يجعل في أيديهما، وفرق ما بين الجعل في أيديهما والقضاء بينهما قضاء الترك كما سيجيء في آخر هذه الورقة.

عليه فاستويا. قال: **(وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان)** لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق. قال: **(وإذا كان صبيّ في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حرّ فالقول**

الدعوى فتدبر **(قال)** أي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير **(وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة)** فإن كل واحد منهما متمسك باليد، إلا أن أحدهما أكثر استمساكاً **(فلا توجب زيادة في الاستحقاق)** يعني أن مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان، إذ لا ترجيح بكثرة العلل كما مر، فصار كما لو تنازعا في بعير ولأحدهما عليه خمسون مناً وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة، وكما لو أقام أحدهما الاثنين من الشهود والآخر الأربعة، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص التي ذكرت من قبل، لأن الزيادة هناك ليست من جنس الحجة، فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال، كذا في العناية، ثم إن هذا يدل على أن جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى أنه لو كان القول قوله لكن هذا إذا عرف أن مثل هذا الثوب كان له في العادة وإلا فلا، لأنه ذكر في المحيط والذخيرة، لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان هذا الرجل على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له، وإن لم يعرف بذلك فهو لرب الدار. وفي القدوري: لو أن خياطاً يخيط ثوباً في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال ربّ الدار هذا مالي أخذته من منزلي، قال أبو حنيفة: القول قول ربّ الدار، ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه إن كانت الثياب مما يلبسه. وقال أبو يوسف: إن كان الداخل رجلاً يعرف بصناعة شيء من الأشياء بأن كان مثلاً حمالاً يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زقّ زيت أو كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الأسواق فالقول قوله، ولا أصدق قول رب الدار عليه وإلا فلا. فأثبت في هذه المسائل أن صاحب اليد اليد إنما تعتبر يده وإن كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك له عادة وإلا فلا، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(وإذا كان صبيّ في يد رجل وهو يعبر عن نفسه)** أي يعقل فحوى ما يجري على لسانه، كذا في الكافي، وفي معناه قول الشراح: أي يتكلم ويعقل ما يقول **(فقال)** أي الصبيّ **(أنا حرّ فالقول قوله لأنه في يد نفسه)** فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجاً والقول قول صاحب اليد، وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد على نفسه إبانة لمعنى الكرامة، إذ كونه في يد غيره دليل الإهانة، ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين إلا إذا سقط اعتبار يده شرعاً فحينئذ تعتبر يد الغير عليه، وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم أهليته

المدعي ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد **(وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان، لأن الزيادة من جنس الحجة)** فإن كل واحد منهما مستمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمساكاً، ومثل ذلك لا يوجب الرجحان، كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص، لأن الزيادة ليست من جنس الحجة، فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال **(وإذا كان صبيّ في يد رجل)** يدعي رقه فلا يخلو إما أن يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه أو لا، فإن كان الأول فإن لم ينف فهو عبد ذي اليد، وإن نفاه فقال أنا حرّ فالقول قوله لأنه أنكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه **(ولو قال أنا عبد لفلان)** غير ذي اليد **(فهو عبد ذي اليد لأنه أقر أنه لا يد له على نفسه بإقراره بالرق)** قيل: الإقرار بالرق من المضار لا محالة، وأقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين. وأجيب بأن الرق لم يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه، وعند عدمها تتقرر فيكون القول حينئذ قوله في رقه كالذي لا يعقل إذا كان في يده، وإن كان الثاني فهو عبد للذي في يده، لأنه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه. واعترض بالملتقط إذا ادعى رقّ لقيط لا يعبر عن نفسه فإنه لا يكون عبده، وبأن الرقّ من العوارض إذ الأصل الحرية وهو يدفع العارض، فكان الواجب أن لا يصدّق ذو اليد إلا بحجة. وأجيب عن الأول

قوله) لأنه في يد نفسه **(ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده)** لأنه أقرّ بأنه لا يد له حيث أقر بالرق **(وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده)** لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع،

بأن كان صغيراً لا يعبر عن نفسه: أي لا يعقل ما يكون. وقد يكون لثبوت الرق عليه لأن الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف، فإذا ثبت الضعف انتفت القدرة، كذا في الكافي **(ولو قال أنا عبد لفلان)** أي لو قال الصبيّ الذي يعبر عن نفسه أنا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده إنه عبدي **(فهو عبد للذي هو في يده لأنه أقرّ بأنه لا يد له حيث أقرّ بالرق)** فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعاً فكان القول لذي اليد أنه له، ولا تقطع يده إلا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة، كذا في الكافي. فإن قيل: الإقرار بالرق من المضارّ لا محالة وأقوال الصبيّ فيها غير موجبة وإن كان عاقلاً كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين فإن الصبيّ أبداً يبعد من المضارّ ويقرّب من المبار. قلنا: الرق، هاهنا لا يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه، وعند عدمها تتقرر كما في الصبيّ الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه، كذا في الشروح **(وإن كان)** أي الصبيّ **(لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها)** أي عن نفسه **(وهو بمنزلة متاع)** في أن لا يكون له يد على نفسه فكانت يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعاً فيكون القول قوله أنه ملكه **(بخلاف ما إذا كان يعبر)** أي بخلاف ما إذا كان الصبيّ يعبر عن نفسه ولم يقرّ بالرق لما مر. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فإن الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لا يصدق وهنا يصدق. قلنا: الفرق هو أن صاحب اليد إنما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده، ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لأنها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكماً لأن الملتقط أمين في اللقيط ويد الأمين في الحكم يد غيره فإذاكانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح دعواه مع الشك. فإن قيل: وجب أن لا يصدق في دعوى الرق لأن الحرية ثابتة بالأصل في بني آدم إذ الأصل في بني آدم الحرية لأنهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرّين فكان ما يدعيه من الرق أمراً عارضاً فلا يقبل قوله إلا بحجة. قلنا: ما هو الأصل إذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل، واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الأصل لأنها دليل الملك فيبطل به ذلك الأصل. كذا في النهاية وغيرها نقلاً عن الفوائد الظهيرية **(فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره)** فلا ينقض الأمر الثابت ظاهراً بلا حجة **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه)** أي أو هو متصل ببنائه **(ولآخر عليه)** أي على الحائط **(هرادي)** بفتح الهاء جمع هردية بضمها. وفي المغرب: الهردية عن الليث: قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها

بأن فرض الالتقاط يضعف اليد لأن الملتقط أمين في اللقيط ويد الأمين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرقّ. وعن الثاني: بأن الأصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شأنه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الأصل، فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرقّ عليه في حال صغره. قال: **(وإذا كان الحائط لرجل الخ)** وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادىّ جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم، ذكره في المغرب عن الليث، يقال له بالفارسية وردوك **(فهو)** أي الحائط **(لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليس بشيء، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به، فصار كدابة تنازعا فيها**

قوله: **(وإذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه)** أقول: يعني يدعي ذلك الرجل قوله: **(إما أن يكون الصبي ممن يعبر)** أقول: أي يتكلم ويفهم ما يقال قوله: **(قيل الإقرار بالرق من المضار لا محالة وأقواله فيها الخ)** أقول: يعني وأقوال الصبي فيها غير موجبة الخ. قال الزيلعي أخذا من النهاية: ولا نسلم أن الإقرار بالرق من المضار لأنه يمكن التدارك بعده بدعوى الحرية، إذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى، بخلاف الإقرار بالدين انتهى، لأنه لا يمكن تداركه،،وكذا الطلاق والعتاق.

بخلاف ما إذا كان يعبر، فلوكبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره. قال: **(وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادى فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى ليست بشيء)** لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما حمل عليها

قضبان الكرم. وقال ابن السكيت: هو الحردي ولا تقل هردي انتهى. وفي الصحاح: الحردي من القصب نبطي معرب ولا تقل هردي انتهى. وصحح في الديوان الهاء والحاء جميعاً، وكذا القاموس. قال في غاية البيان: الرواية في الأصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير انتهى **(فهو)** أي الحائط **(لصاحب الجذوع والاتصال، والهرادى ليست بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال)** أي هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لأن الحائط إنما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع عليه **(والآخر)** يعني صاحب الهرادى **(صاحبُ تعلق)** لا صاحب استعمال لأن الحائط لا يبنى لوضع الهرادي عليه ولاستعمال يد، وعند تعارض الدعويين القول قول صاحب اليد **(فصار)** أي فصار الحائط في مسألتنا هذه **(كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق)** فإنها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا هاهنا **(والمراد بالاتصال)** أي المراد بالاتصال المذكور في قوله أو متصل ببنائه **(مداخلة لبن جداره)** أي جدار صاحب البناء **(فيه)** أي في الحائط المتنازع فيه **(ولبن هذا)** أي ومداخلة لبن هذا: أي الحائط المتنازع فيه **(في جداره)** أي في جدار صاحب البناء **(وقد يسمى اتصال تربيع)** أي ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع، وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى، وأما إذا ثقب فأدخل لا يكون تربيعاً، كذا في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام. وفي النهاية وغيرها نقلاً عن الذخيرة قال صدر الشريعة: وإنما سمي هذا اتصال التربيع لأنهما إنما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى. وكان الكرخي يقول: صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلاً بحائطين لأحدهما من الجانبين والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعاً شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد. والمروي عن أبي يوسف أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما يكفي، ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه، وعليه أكثر مشايخنا لأن الرجحان يقع بكون ملكه محيطاً بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه، كذا في شرح الكنز للإمام الزيلعي. وفي شرح الهداية لتاج الشريعة **(وهذا)** أي اتصال التربيع **(شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه)** أي بعض بناء صاحبه **(على بعض هذا الحائط)** أي على بعض

ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها، والمراد بالاتصال) المذكور في قوله أو متصل ببنائه **(مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره، وقد يسمى اتصال تربيع)** وتفصيل التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى، وأما إذا ثقب فأدخل فلا يكون تربيعاً **(وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط)** ومن هذا يعلم أن من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع أولى **(وقوله والهرادى ليست بشيء)** يعني قول محمد في الجامع الصغير **(يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلاً، وكذا البواري لأن الحائط لا يبنى لها أصلاً)** لأنه إنما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري، وإنما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له **(حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شيء قضاه به بينهما)** ومعناه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وهو في يده يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضي

قال المصنف: **(أو متصل ببنائه)** أقول: في صحة العطف تأمل.

وللآخر كوز معلق بها، والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع، وهذا

هذا الحائط المتنازع فيه بالاتصال فصار الكل في حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال، وبعضه متفق عليه لأحدهما فيردّ المختلف فيه إلى المتفق عليه، ولأن الظاهر أنه هو الذي بناه مع حائطه فمداخلة أنصاف اللبن لا تتصوّر إلا عند بناء الحائطين معاً فكان هو أولى، كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه إلى المبسوط. أقول: بقي لي هاهنا كلام، وهو أن المصنف حمل المراد بالاتصال المذكور في مسألتنا هذه على اتصال التربيع، وتبعه في هذا عامة ثقات المتأخرين كصاحب الكافي والإمام الزيلعي وشراح الهداية قاطبة وغيرهم، حتى أن كثيراً من أصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال هاهنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال: والحائط لمن جذوعه عليه أو متصل اتصال تربيع لا لمن له عليه هرادى انتهى. ولكن لم يظهر لي وجه هذا التقييد هاهنا لأن معنى مسألتنا هذه أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الهرادى، وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادي. وفي الحكم يكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادى لا احتياج إلى تقييد الاتصال بالتربيع، بل كل واحد من ضربي الاتصال: أعني اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان في هذا الحكم فإن الهرادي مما لا اعتبار له أصلاً بل هي في حكم المعدوم، حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر شيء فهو بينهما على ما سيأتي في الكتاب. وقد ذكر في معتبرات الفتاوى أنه إذا كان لأحدهما اتصال ملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال، فقال في الذخيرة: وذكر هذا أيضاً في النهاية نقلاً عن الذخيرة. أما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلاً ببنائهما إن كان اتصالهما اتصال تربيع أو اتصال ملازقة فإنه يقضي بينهما نصفين لأنهما استويا في الدعوى والاتصال، وأما إذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع أولى، لأن صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه، لأن قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التربيع، فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام، ولو كان لأحدهما اتصال ببناء اتصال ملازقة أو اتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فإنه يقضي لصاحب الاتصال لأنهما استويا في حق الاتصال بالأرض المملوكة ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الأول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى. وقال في البدائع: ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالمتعلق به، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى، لأن اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق، ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر الجذوع فالحائط

بينهما **(ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما، ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة)** لأن الزيادة من جنس الحجة، فإن الحائط يبني للجذوع الثلاثة كما يبني لأكثر منها **(وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية)** كتاب الإقرار حيث قال فيه: الحائط كله لصاحب الأجذاع، ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد أشار إليه المصنف **(وفي رواية)** كتاب الدعوى **(لكل واحد منهما ما تحت خشبته)** حيث قال فيه: إن الحائط بينهما على قدر الأجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع أصل الحائط، وعلى هذه الرواية قيل: ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات كما نذكره **(وقيل)** يكون ذلك **(على قدر خشبهما)** وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة. وقال في المبسوط في موضع القيل الأول: وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير، لأن الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة قوله: **(والقياس)** رجوع إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة الخ: يعني ذلك استحسان، والقياس **(أن يكون)** الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الأكثر **(نصفين)** لأنهما استويا في أصل الاستعمال، والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على

شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط. وقوله الهرادى ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار

لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى. فتلخص من هذا كله أن فائدة تقييد الاتصال بالتربيع إنما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر في الذخيرة، أو كان للآخر جذوع كما ذكر في البدائع، وأما إذا كان للآخر هرادى كما فيما نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقييد بل فيه إخلال بعموم جواب المسألة كما تبين مما ذكرناه فتنبه، فإن كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام **(وقوله الهرادى ليست بشيء)** أي قول محمد في الجامع الصغير الهرادى ليست بشيء **(يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلاً)** بل هي في الحكم المعدوم **(وكذا البواري لأن الحائط لا يبنى لها أصلاً)** أي لأن الحائط لا يبنى لأجل الهرادى والبواري، لأنه إنما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادى والبواري، وإنما توضع الهرادى والبواري للاستظلال والحائط لا يبنى له **(حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما)** معناه: إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضي بينهما كذا في العناية وكذا في النهاية نقلاً عن الذخيرة. ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل في اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه **(ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة)** أي لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلاثة **(فهو بينهما لاستوائهما)** أي في أصل العلة، وهو أن يكون لكل واحد منهما عمل مقصود يبنى الحائط لأجله وفي نصاب الحجة وهو الثلاثة لأنها أقل الجمع **(ولا معتبر)** أي ولا اعتبار **(بالأكثر منها)** أي من الجذوع **(بعد الثلاثة)** لأن الزيادة من جنس الحجة فإن الحائط يبني للجذوع الثلاثة كما يبنى لأكثر منها. قال في معراج الدراية: وقوله ولا معتبر بالأكثر منها: أي من الثلاثة. أقول: تفسيره ليس بسديد؛ أما أولاً فلأنه يقتضي أن يكون كلمة (من) في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف في موضعه. وأما ثانياً فلأنه يستلزم أن يكون قوله بعد الثلاثة لغواً، لأن ما هو أكثر من الثلاثة لا يكون إلا بعد الثلاثة، فالصواب أن كلمة من هاهنا تبيينية لا تفضيلية، وأن ضمير منها راجع إلى الجذوع كما أشرنا إليه فيما مر آنفاً لا إلى الثلاثة، فيصير المعنى ولا اعتبار بالأكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلاثة فلا يلزم شيء من المحذورين المذكورين **(وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو)** أي الحائط كله **(لصاحب الثلاثة وللآخر)** أي ولصاحب الجذع الواحد أو الاثنين **(موضع جذعه في رواية)** وهي رواية كتاب الإقرار من الأصل حيث قال فيه: الحائط كله لصاحب الأجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه. قالوا: يريد به حق الوضع. وقال في النهاية: ثم اعلم أن هذا فيما إذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلاث لا بالبينة، أما إذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط وغيره انتهى **(وفي رواية)** وهي رواية كتاب الدعوى من الأصل **(لكل واحد منهما ما تحت خشبته)** حيث قال فيه: إن الحائط بينهما على قدر الأجذاع، وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الإقرار أصح. وقال قاضيخان: والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكاً لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى، كذا في التبيين للإمام الزيلعي **(ثم قيل)** أي على

الروايتين المذكورتين **(وجه الرواية الثانية)** وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبه **(أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته)** والاستحقاق بحسب الاستعمال **(ووجه الأولى أن الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده)** فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة، إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزاً. واعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد. وقال بعضهم: الخشبتان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بهما **(ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع)** وفي بعض

للهرادى أصلاً، وكذا البواري لأن الحائط لا تبني لها أصلا حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما **(ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما)** لاستوائهما ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة **(وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه)** في رواية، وفي

هذه الرواية: يعني اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب فقيل **(ما بين الخشب بينهما)** أي يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات على ما سيذكر **(وقيل على قدر خشبهما)** أي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبهما اعتباراً لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة، ثم إن هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة. وقال في المبسوط في موضع القيل الأول: وأكثرهم على أنه يقضي به لصاحب الكثير، لأن الحائط يبنى للخشبات لا لخشبة واحدة **(والقياس أن يكون بينهما نصفين)** هذا ناظر إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة إلى آخره: يعني أن ذلك استحساناً. والقياس أن يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلاثة نصفين، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله كما ذكر في الكافي وغيره **(لأنه لا معتبر)** أي لا اعتبار **(بالكثرة في نفس الحجة)** يعني أنهما استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم، ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين، كذا في العناية وغيرها **(ووجه الثاني)** يعني وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته، ولكن ذكر الثاني إما بتأويل المصدر الذي هو الرواية بالفعل وأن كما هو المشهور في نظائرها، وإما بتأويل الرواية بالنقل أو القول **(أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته)** والاستحقاق بحسب الاستعمال. قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب وجه القياس. أقول: يظهر ذلك بالتأمل فيه فإن المراد أن الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته، وما تحت خشبته لا يعدو الغير فلم يكونا مستعملين بشيء واحد مع زيادة استعمال أحدهما، بل كان كل واحد مستعملاً لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الأمر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة، لأن هذا فيما إذا اتحد محل الحجتين، ويرشد إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: وأما وجه رواية كتاب الدعوى أن الحائط إذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذي هو مستحق مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة إذا كان فيها أحد عشر منزلاً: عشرة منها في يد رجل، وواحد في يد رجل، وتنازعا في الدار، فإنه يقضي لكل واحد منهما بما في يده كذا هاهنا اهـ. **(ووجه الأول)** أي ووجه الرواية الأولى وهي قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكير الأول لمثل ما ذكرناه

النسخ: لأحدهما جذوع وللآخر اتصال، وعلى الأولى وقع في الدليل وجه الأول وعلى الثانية وجه الثاني، ومعناه: إذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه **(فالأول أولى)** لأنه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف أقوى، وممن رجحه شمس الأئمة السرخسي. ويروى أن الثاني أولى لأن الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لعدم القائل بالاشتراك، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا إن

قوله: **(ومعناه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك)** أقول: فإذا ادعاه ثالث لا تطلب منه البينة على أنه في أيديهما ليصيرا خصماً له لمعرفة القاضي بذلك، وإذا ترافعوا إلى قاض آخر فأقام المدعي البينة بقضاء القاضي الأول بينهما قضاء ترك يكونان خصماً له قوله: **(يجعل في أيديهما لأنه لا متنازع لهما)** أقول: فإذا ادعاه ثالث يطلب منه بينة على أنه في أيديهما حتى يصير خصماً له، وإذا كان القاضي الذي ترافعوا إليه غير القاضي الأول لا تسمع خصومة الثالث بإقامة البينة على أن القاضي الأول جعله في أيديهما فليتدبر قال المصنف: **(ولا معتبر بأكثر منها بعد الثلاثة)** أقول: من هذه هي التبيينية لا الداخلة على المفضل عليه فلا يلزمه الجمع بين الألف واللام ومن التفضيلية. وفي بعض النسخ بأكثر منها فمن حينئذ تفضيلية.

رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته، ثم قيل مابين الخشب بينهما، وقيل على قدر خشبهما، والقياس أن يكون بينهما نصفين لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة. وجه الثاني أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته. ووجه

في الثاني **(أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى)** بناء على أن الحائط يبنى للتسقيف، والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بخشبتين وإنما يحصل بالخشبة والخشبتين أسطوانة وأسطوانتان **(فكان الظاهر شاهد لصاحب الكثير، إلا أنه يبقى له حق الوضع)** أي يبقى لصاحب الأقل حق وضع جذعه **(لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده)** يعني أن حكمنا بالحائط لصاحب الأكثر بالظاهر، وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الأكثر يد صاحب الأقل حتى يرفع خشبته الموضوعة، ومن الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه لكان جائزاً. ثم اعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول لبعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد. وقال بعضهم: الخشبتان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بها، كذا في العناية وغيرها **(ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع)** وفي بعض النسخ لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الأولى وقع في الدليل بوجه الأول، وعلى الثانية وقع فيه وجه الثاني، كذا في العناية. وقال صاحب النهاية: ومن يحذو حذوه من الشراح ما في النسخة الأولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقاً للمدعي، وما في الثانية ليس بصحيح لأن الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكأنهم لم يصلوا إلى نسخة وقع ذكر الدليل فيها وجه الثاني فتتبع **(فالأول أولى، ويروى أن الثاني أولى، وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى)** لأنه المقصود باليد، كذا في الكافي، ولأن التصرف لا يكون بدون اليد، واليدان إذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحاً، كذا في شرح تاج الشريعة، ورجح هذه الرواية شمس الأئمة السرخسي **(وجه الأول)** وفي بعض النسخ: وجه الثاني **(أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله)** أقول: يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء له بكله لجواز أن يقضي ببعض الشيء الواحد لرجل وببعضه الآخر لرجل آخر، إما بالتجزئة إن قبل القسمة أو بالشيوع إن لم يقبلها، كيف ولو أثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضى له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر في ملك صاحب الاتصال، فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكأن صاحب العناية تنبه لهذا وقصد

الظاهر ليس حجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة أم برفعها لكونها حجة مطلقة، وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني، ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ، وهكذا روي عن أبي يوسف في الأمالي **(وإذا كان في يد رجل عشرة أبيات)** من دار **(وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفين لاستوائهما في الاستعمال، وهو المرور)** وصبّ الوضوء وكسر الحطب ووضع الأمتعة وغيرها ولا معتبر بكون أحدهما خرّاجاً ولاجاً دون الآخر، لأنه ترجيح بما هو من جنس العلة، وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يلغي صاحب الهدب، وإذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة. وأجيب بأن الهدب ليس بثوب لكونه اسماً للمنسوج فكان جميع المدعي في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فألغي، والشرب تحتاج إليه الأراضي دون الأرباب، فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه. وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير

قوله: **(فهو مصدر ميمي)** أقول: قوله هو راجع إلى موضع في قوله وللآخر موضع جذعه قوله: **(وقد أشار إليه المصنف)** أقول: بقوله فهو لصاحب الثلاثة قوله: **(لأن الحائط الخ)** أقول: وفي تأخير المصنف دليل القيل الأول إشارة إلى رجحانه على ما هو دأبه وعادته قال المصنف: **(وجه الثاني أن الاستعمال الخ)** أقول: لم يظهر منه جواب وجه القياس قوله: **(وعلى الثانية وجه الثاني)** أقول: يعني في بعض النسخ، وإلا ففي بعضهما وقع.

الأول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير، إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده **(ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فالأول (أولى))** ويروى الثاني أولى. وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى. وجه الثاني أن

دفعه فعلل قول المصنف ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله بقوله لعدم القائل بالاشتراك. ولكن يرد عليه أيضاً أنه إن أراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع، لأن صاحب الجذوع قائل به، فإنه يدعي أن الحائط المتنازع فيه له، ويعترف بأن الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال، فيصير البناء المركب من هذين الحائطين مشتركاً بينهما عنده، وإن أراد بذلك عدم القائل به من المجتهدين فهو أيضاً ممنوع، فإن من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب إحدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط والحائط المتصل به مشتركاً بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعاً **(ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه)** أي على رواية أن الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده، حتى قالوا: لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق **(وهذه)** أي رواية أن صاحب الاتصال أولى **(رواية الطحاوي وصححها الجرجاني)** وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد، ورجحها بالسبق لأن التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتاً قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ، كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين. ثم اعلم أن الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذي وقع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه، وأما إذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال أولى، وعلى هذا عامة المشايخ، كذا في النهاية نقلاً عن الفوائد الظهيرية. وقال في الذخيرة: وإن كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الإسلام أن صاحب الاتصال أولى، وبه أخذ الطحاوي والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد. وذكر شمس الأئمة السرخسي أن صاحب الجذوع أولى وقال فيها قبل هذا: فإن كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به، وعليه عامة المشايخ، وهكذا روي عن أبي يوسف في الأمالي، كذا في النهاية وغيرها **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة)** بالحاء المهملة، وهي عرصة في الدار وبين يديها، كذا في معراج الدراية **(بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها)** أي استعمال الساحة **(وهو المرور فيها)** ووضع الأمتعة وصبّ الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك، فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة أيضاً سواء، ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لزمانة صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا خراجاً. على أنا نقول: الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيع وإن كان بعضها أكثر من بعض، وهذا لأن الاستحقاق باعتبار أصل اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية أخذاً من الكافي،

تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار. قال: **(وإذا ادعى رجلان أرضاً الخ)** إذا ادعى رجلان أرضاً كل واحد منهما ادعى أنها في يده لم يقض القاضي أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما **(لأن اليد)** حق مقصود فلا يجوز للقاضي أن يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت **(غير مشاهدة لتعذر إحضارها)** لا بد من البينة لأنها تثبت ما غاب عن المشاهدة **(وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة)** فإن قيل: البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت أنها في يد الآخر فليس بخصم. أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد، ومن كان خصماً لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعاً كانت بينته مقبولة، وقد أشار إلى ذلك بقوله: **(لأن اليد حق مقصود)** يعني فيجوز أن يكون مدعيه خصماً **(فإن أقاما البينة جعلت في أيديهما)** لقيام الحجة، فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك. قال بعض مشايخنا: هذا قول أبي حنيفة، وقالا: يقسم بينهما بناء على مسألة أخرى ذكرها في كتاب القسمة، وهي ما إذا كانت

الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا، وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني. قال: **(وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد**

وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يلغي صاحب الهدب، وما إذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة. أجيب بأن الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسماً للمنسوج فكان جميع المدعي في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فألغى والشرب تحتاج إليه الأراضي دون الأرباب، فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه، وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء، فاستويا في الإستحقاق، فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار، كذا في العناية وإلى هذا أشار الإمام المحبوبي والإمام التمرتاشي، كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية **(قال)** أي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير **(وإذا ادعى رجلان أرضاً، يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما)** أقول: في عبارة الكتاب هاهنا مسامحة، وكان الظاهر أن يقال: حتى يقيم البينة أنها في يده، لأن القضاء بأنها في يد واحد منهما إنما يتوقف على إقامة كل واحد منهما البينة أنها في يده لا على إقامتهما البينة أنها في أيديهما، وإنما المتوقف عليها القضاء بأنها في أيديهما معاً كما لا يخفى، وسيتجلى من التفصيل الآتي في الكتاب، ولقد أحسن صاحب الكافي هاهنا حيث قال: لم يقض بأنها في يد أحدهما إلا بالبينة انتهى. فإن هذه كلمة جامعة هاهنا **(لأن اليد فيها)** أي في الأرض **(غير مشاهدة لتعذر إحضارها)** فقد غاب عن علم القاضي **(وما غاب عن علم القاضي)** أي والذي غاب عن علمه **(فالبينة تثبته)** فلا بد من إقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به، ولأنه جاز أن تكون في يد غيرهما؛ ولو قضى لهما أو لأحدهما باليد لأبطل حق صاحب اليد بلا حجة وأنه لا يجوز، كذا في الكافي. قال في الفوائد الظهيرية هاهنا مسألة غفل عنها القضاة، وهي أنه لو ادعى أرضاً والمدعى عليه يزعم أنها في يده وأقاما المدعي بينة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينته لجواز أن تكون الأرض في يد ثالث والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك، وهذه حيلة ليجعلها القاضي في يد أحدهما، فما لم يثبت كون الأرض في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضى، إلا أنه يمنع المقرّ من أن يزاحم المقرّ له فيها لأن إقراره حجة في حقه كذا في معراج الدراية **(وإن أقام أحدهما البينة)** أي على أنها في يده **(جعلت في يده لقيام الحجة)** ويجعل الآخر خارجاً، كذا في الكافي وغيره. فإن قيل: البينة تقام على الخصم، وإذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصماً

الدار في أيدي ورثة حضور كبار أقرّوا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم من أبيهم والتمسوا من القاضي أن يقسمها بينهم، فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثاً لهم. وقال أبو يوسف ومحمد: يقسمها بينهم بإقرارهم، ويشهد أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم. ومنهم من قال: المذكور هاهنا قول الكل، لأن القسمة نوعان: قسمة بحق الملك لتكمل المنفعة وقسمة اليد لأجل الحفظ والصيانة بحق والعقار غير محتاج إلى الحفظ، فما لم يثبت الملك لا يقسم لأن العقار غير محتاج إلى ذلك، وإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات، فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرىء كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال، وإن نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله، وإذا ادّعيا أرضاً صحراء أنها بأيديهما: يعني يدعي كل واحد منهما ذلك

وعلى الثانية وجه الأول، ولهذا صحح صاحب النهاية النسخة الأولى دون الثانية قائلاً بأن الدليل لا يوافق ذلك الترتيب قوله: **(لعدم القائل بالاشتراك)** أقول: فيه بحث.

آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها. قال: **(وإذا ادعى رجلان أرضاً)** يعني يدعي كل واحد منهما **(أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما)** لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته **(وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده)** لقيام الحجة لأن اليد حق مقصود **(وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما)** لما بينا فلا تستحق لأحدهما من غير حجة **(وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده)** لوجود التصرف والاستعمال فيها.

فكيف يقضي للذي أقام البينة؟ قلنا: هو خصم باعتبار منازعته في اليد، ومن كان خصماً لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعاً كانت بينته مقبولة، كذا في عامة الشروح. وقال صاحب العناية: وقد أشار إلى ذلك بقوله **(لأن اليد حق مقصود)** يعني فيجوز أن يكون مدعيه خصماً انتهى **(وإن أقاما البينة)** أي على أنها في أيديهما **(جعلت في أيديهما لما بينا)** إشارة إلى قوله لقيام الحجة. وذكر الإمام التمرتاشي: فإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات، فإن حلفا لم يقض لهما باليد ويبرىء كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال، وإن نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها، للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله، كذا في الشروح **(فلا تستحق)** بصيغة المجهول: أي فلا تستحق اليد **(لأحدهما من غير حجة)** قال بعض الفضلاء: لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله اهـ. أقول: إنما يكون كذلك لو كان متفرعاً على قوله وإن أقاما البينة الخ، إذ لا ارتباط بينهما، أو على قوله لأن اليد حق مقصود إذ يلزم الفصل بينهما بأجنبي. وأما إذا كان متفرّعاً على مجموع ما ذكر في مسألتنا هذه من قوله وإذا ادعى الرجلان أرضاً إلى هنا بأن كان فذلكة الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى **(فإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر)** يعني إذا ادعى كل واحد منهما أرضاً صحراء أنها في يده وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر **(فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال)** ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدوابّ واللبس في الثياب، كذا ذكره فخر الإسلام.

وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال، ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدوابّ واللبس في الثياب.

قوله: **(وفي يد الآخر هدبه)** أقول: الهدب يقال له بالتركي سجق.

قوله: **(أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد)** أقول: قال في النهاية: ألا يرى أنه يتمكن من إثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر انتهى. وفيه بحث لمخالفته لما صرح به قبيل هذا الكلام قوله: **(بناء على مسألة أخرى)** أقول: هذا ناظر إلى قوله قال بعض مشايخنا قال المصنف: **(فلا تستحق لأحدهما من غير حجة)** أقول: لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله.

باب دعوى النسب

(وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له) وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب، وقدم الأول لأنه أكثر وقوعاً فكان أهم ذكراً **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا باع جارية بولد فادعاه البائع)** اعلم أن صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء كلام فقال أخذاً من غاية البيان: اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المدتين. وكل وجه على أربعة أوجه: أما إن ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معاً أو على التعاقب انتهى. أقول: يرى فيه اختلال من وجهين: الأول أنه قسم ادعاء البائع أو المشتري ولد الجارية المبيعة إلى ثلاثة أوجه، وهي: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، أو لأكثر من سنتين، أو لما بين المدتين. وقسم كل وجه منها إلى أربعة أوجه وهي: إن ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعيا معاً، أو على التعاقب، فيلزم منه أن يكون الشيء قسم قسيمه حيث جعل ادعاء البائع أو المشتري مقسماً ثم جعله قسماً من كل واحد من أقسامه الأربعة. والثاني أن كلمة أو الداخلة على المشتري في قوله إن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري تأبى دخول ادعائهما معاً أو على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في أقسام أقسامه؟ ويمكن أن يتحمل عن الأول بأن المقسم ادعاء البائع أو المشتري مطلقاً: أي أعم من ادعاء أحدهما منفرداً ومن ادعائه منضماً إلى الآخر بالمعية أو التعاقب، وقسم القسم هو ادعاء أحدهما وحده أو ادعاؤهما معاً أو على التعاقب، فيكون قسم القسم أخص من المقسم لا عينه. وعن الثاني بأن تحمل كلمة أو المذكورة على منع الخلوّ دون منع الجمع. والأولى عندي في بيان الضابطة هاهنا أن يقال: اعلم أن الجارية إذا بيعت فجاءت بولد، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المدتين، وكل وجه من الأوجه الثلاثة على أربعة أوجه، أما إذا ادعى ذلك الولد البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معاً أو على التعاقب **(فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع)** وقد ادعاه البائع وحده كما مر في الكتاب **(فهو)** أي الولد **(ابن البائع وأمه)** أي أم الولد **(أم ولد له)** أي للبائع **(وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته)** أي دعوة البائع **(باطلة لأن البيع اعتراف منه)** أي من البائع **(بأنه)** أي الولد **(عبد وكان)** أي البائع **(في دعواه مناقضاً)** والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه، كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها **(ولا نسب بدون الدعوى)** أي ولا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة **(وجه الاستحسان)** أي وجه الاستحسان الذي

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب لأن الأول أكثر وقوعاً فكان أهم ذكراً فقدمه. قال: **(وإذا باع جارية فجاءت بولد الخ)** اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لم بين المدتين. وكل وجه على أربعة أوجه: إما أن ادعى البائع وحده، أو المشتري وحده، أو ادعياه معاً، أو على التعاقب. فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر وقد ادعاه البائع وحده فهو ابن البائع وأمه أم ولد له. وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة، لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضاً فلا تسمع

باب دعوى النسب

قوله: **(باتصال العلوق في ملكه)** أقول: الظاهر بملكه بدل قوله في ملكه.

مناقضاً ولا نسب بدون الدعوى. وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا. ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز **(ويرد الثمن)** لأنه قبضه بغير حق وإن ادعاه المشتري مع دعوة

نعمل به في هذه المسألة **(أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه)** يعني أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع **(لأن الظاهر عدم الزنا)** فنزل ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها **(ومبني النسب على الخفاء)** هذا جواب عن التناقض. وبيانه أن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين أنه منه **(فيعفى فيه التناقض)** أي لا يمنع صحة الدعوى؛ كما أن الزوج إذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر إلى التناقض لمكان الخفاء في أمر العلوق، وصار كالمكاتب إذا أقام البينة أن مولاه كان أعتقه قبل الكتابة فإنه تقبل بينته وتبطل الكتابة، ولا يعتبر التناقض لخفاء الإعتاق حيث ينفرد المولى به، وكالمختلعة إذا أقامت البينة أن الزوج كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع فإن بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به، بخلاف دعوى البائع الإعتاق أو التدبير بعد البيع، فإن كل واحد من الإعتاق والتدبير فعل نفسه ولا يخفى عليه، كذا حققوا **(وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده ففسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز، ويرد الثمن)** أي إن كان منفرداً **(لأنه قبضه بغير حق)** فإن سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع، كذا في الكافي، وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لأن دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير، فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية، وتثبت لها أمية الولد بإقراره، ثم لا يصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: صحة التحرير من المشتري ظاهرة، لأن الجارية مملوكته في الحال فيملك إعتاقها وإعتاق ولدها كما صرح به في النهاية وغيرها. وأما صحة دعوته لحاجة الولد إلى النسب فمشكلة بما مر في وجه الاستحسان من أنا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع، فإن مجرد حاجة الولد إلى النسب كيف يفيد ثبوت النسب من المشتري عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك. ويمكن أن يجاب بأن تيقننا باتصال العلوق بملك البائع إنما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع إذا ادعاه البائع. وأما إذا لم يدعه البائع فلا يجوز أن يكون الولد من غيره بالنكاح، فإذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد إلى النسب فصارت علة صحة دعوة المشتري وثبوت النسب منه في هذه الصورة حاجة الولد إلى النسب مع إمكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء، ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال: لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على أن المشتري نكحها واستولدها

دعواه، كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها، وإذ لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب، إذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى. ووجه الاستحسان أنا تيقنا باتصال العلوق في ملكه، وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه، لأن الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها قوله: **(ومبنى النسب على الخفاء)** جواب عن التناقض، وذلك لأن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه فيعفى فيه التناقض، ولا كذلك العتق والتدبير، وصار كالمرأة إذا أقامت البينة بعد الخلع على أن الزوج كان طلقها ثلاثاً، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن إن كان منقوداً لأنه قبضه بغير حق. وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته، لأن دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير، فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية، وتثبت لها

قوله: **(بكونه العلوق منه)** أقول: الباء زائدة قوله: **(ولا كذلك العتق والتدبير)** أقول: لأنه فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يعذر قوله: **(وصار كالمرأة إذا أقامت البينة)** أقول: فإن بينتها تقبل مع التناقض في الدعوى للخفاء عليها لأن الزوج ينفرد بالطلاق.

البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد **(وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع)** لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقناً وهو الشاهد والحجة **(إلا إذا صدقه المشتري)** فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح، ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه، وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله. **(وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر**

ثم اشتراها انتهى **(وإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده)** أي بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتأويل الادعاء **(فدعوة البائع أولى لأنها أسبق)** أما إذا كانت قبل دعوة المشتري فالأمر ظاهر، وأما إذا كانت بعد دعوة المشتري فلما أشار إليه بقوله **(لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد)** يعني أن دعوة البائع مستندة إلى وقت العلوق لأنها دعوة استيلاد، ودعوة المشتري مقتصرة على الحال لأنها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت أولى، ثم إنه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقديره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال. وجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاد وهي لا تفتقر إلى قيام الملك في الحال لأنها تستند إلى زمان الملك، بخلاف دعوة التحرير على ما سيجيء **(وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقناً وهو الشاهد والحجة)** يعني أن الشاهد على كون الولد منه إنما هو اتصال العلوق بملكه تيقناً ولم يوجد ذلك هاهنا فلم تصح دعوته **(إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح)** حملاً لأمره على الصلاح، وقول المشتري على الصدق **(ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق)** أي للولد **(ولا حقه)** أي ولا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للأم فيبقى الولد عبداً للمشتري ولا تصير الأم أم ولد للبائع كما إذا ادعاه أجنبي آخر، كذا في الكافي وغيره **(وهذه)** أي دعوة البائع هاهنا **(دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله)** أي ليس من أهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه اعلم أن الدعوة نوعان: دعوة استيلاد ودعوة تحرير؛ فدعوة الاستيلاد هي أن يكون علوق المدعي في ملك المدعي وهذه الدعوى تستند إلى وقت العلوق وتتضمن الإقرار بالوطء فيتبين أنه علق حرّاً، ودعوة التحرير أن يكون علوق المدعي في غير ملك المدعي وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الإقرار بالوطء لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق، كذا في البدائع. وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحت دعوته، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً صح دعوة المشتري دون البائع لأنه كالأجنبي، كذا في العناية وغيرها **(وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه)** أي في هذا الوجه **(إلا أن يصدقه المشتري لأنه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه)** أي في ملك البائع **(فلم توجد الحجة)** وهي اتصال العلوق بملكه تيقناً **(فلا بد من تصديقه)** أي من تصديق المشتري إياه **(وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ، والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى)** وهي إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع **(لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك)** وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صح دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله أولى، ويكون دعوته دعوة استيلاء حتى يكون الولد حرّ الأصل ولا يكون له ولاء على الولد لأن العلوق في ملكه ممكن، وإن

أمية الولد بإقراره، ثم لا يصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري، وإن ادعياه معاً يثبت نسبه من البائع عندنا لأن دعوته أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوى المشتري دعوى تحرير، فإن أصل العلوق لم يكن في ملكه. ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاد لاقتصار الأولى على الحال دون الثانية

قوله: **(ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوة الاستيلاد)** أقول: يعني دعوة الاستيلاد أقوى لسبقها فلا يعارضها دعوة التحرير، إذ لا مساواة في القوة قوله: **(وإذا لم تصر أم ولد بقي الخ)** أقول: شرح لا يطابق المشروح كما لا يخفى على المتأمل.

من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري) لأنه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه، وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك؛ **(فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة**

ادعياه معاً أو متعاقباً فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي، وهذا الذي ذكر كله إذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة. أما إذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من أقل مدة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً: فإن ادعاه البائع وحده لا تصح دعوته إلا أن يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته لأن أكثر ما في الباب كون العلوق في ملك البائع بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر، ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري. وإن ادعياه معاً لم تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبداً للمشتري، لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت. وإن ادعياه متعاقباً فإن سبق المشتري صحت دعوته، وإن سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما، كذا في غاية البيان نقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده، وكذا في العناية. قال في الكافي: ولو تنازعا فالبينة للمشتري، أي إذا باع أمة فولدت عند المشتري فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بعتها مني لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق، لأن البائع يدعي انتقاض البيع والمشتري ينكر، فإن أقاما البينة فالبينة للمشتري أيضاً عند أبي يوسف لأنه أثبت زيادة مدة في الشراء، وعند محمد البينة للبائع لأنه يثبت نسب الولد واستيلاد الأمة وانتقاض البيع فكان أكثر إثباتاً انتهى **(فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر)** أي والحال أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر **(لم يثبت الاستيلاد في الأم)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأنها)** أي لأن الأم **(تابعة للولد)** أي في هذا الباب على ما سيجيء بيانه **(ولم يثبت نسبه)** أي نسب الولد **(بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك)** أي لعدم حاجة الولد إلى النسب بعد الموت **(فلا يتبعه استيلاد الأم)** لعدم تصور ثبوت الحكم في التبع بدون ثبوته في المتبوع **(وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع)** هذا أيضاً القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضرّه فوات التبع)** يعني أن الولد لما كان هو الأصل كان المعتبر بقاءه لحاجته إلى ثبوت النسب، ولا يضرّه فوات التبع لأن تعذر الفرع لا يبطل الأصل، بخلاف العكس **(وإنما كان الولد أصلاً لأنها)** أي لأن الأم **(تضاف إليه)** أي إلى الولد حيث **(يقال أم الولد)** والإضافة إلى الشيء أمارة أصالة المضاف إليه **(وتستفيد الحرية من جهته)** عطف على

فكان البائع أولى قوله: **(وهذه دعوة استيلاد)** جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والملك معدوم؟ ووجهه أنها دعوة استيلاد وهي لا تفتقر إلى قيام الملك في الحال لأنه يستند إلى زمان الملك، بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء، وكذلك إن ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب **(وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع، فإما أن يصدقه المشتري أو لا، فإن كان الثاني فلا تصح دعوة البائع)** لأن الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقيناً، وإن كان الأول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملاً لأمره على الصلاح، ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الأم فلا تصير أم ولد، وإذا لم تصر أم ولد بقيت الدعوة في الولد دعوة تحرير، وغير المالك ليس من أهله والبائع ليس بمالك، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً صح دعوة المشتري لأن البائع كالأجنبي، وإن جاءت به بين المدتين فإما أن يصدقه المشتري أو لا، فإن لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة، وإن صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك، وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته لأن دعوته

أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم) لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم **(وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع)** لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع، وإنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف إليه يقال أم الولد، وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى **(ويرد**

تضاف إليه: أي وتستفيد الأم الحرية من جهة الولد **(لقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها»)** قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله ﷺ ألا تعتقها؟[1] **(والثابت لها)** أي ولأن الثابت للأم **(حق الحرية)** وهو أمومية الولد **(وله)** أي والثابت للولد **(حقيقتها)** أي حقيقة الحرية **(والأدنى يتبع الأعلى)** دائماً دون العكس، فحق الحرية الذي هو الأدنى يتبع حقيقة الحرية التي هي الأعلى دون العكس **(ويردّ الثمن كله في قول أبي حنيفة، وقالا: يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم)** وهذا من تمام لفظ القدوري الذي ذكر فيما مرّ آنفاً. قال المصنف **(لأنه تبين أنه باع أم ولده)** أي تبين بثبوت نسب الولد من البائع أنه باع أم ولده وبيعها باطل **(وماليتها)** أي ولكن مالية أم الولد **(غير متقومة عنده)** أي عند أبي حنيفة **(في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما)** أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(متقومة فيضمنها)** أي فيضمنها المشتري، فإذا ردّ الولد دونها يجب على البائع ردّ حصة ما سلم له وهو الولد كي لا يجتمع البدل والمبدل، ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الأم. قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام بهذا المنوال: هكذا ذكروا الحكم في قولهما، وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضاً ثم يرجع بقيمة الأم، لأنه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالإجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لأجزاء المبيع منه حصة، بل يجب على كل واحد من المتعاقدين ردّ ما قبضه إن كان باقياً وإلا فبدله انتهى فتأمل **(وفي الجامع الصغير)** ذكر رواية الجامع الصغير إعلاماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت **(وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه)** أي فالولد ابن البائع **(يرد عليه بحصته من الثمن)** أي يردّ على البائع بحصة الولد من الثمن الذي كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة، فما أصاب الأم يلزم المشتري، وما أصاب الولد سقط عنه، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع لأنه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الإبطال وهو الولاء، كذا في الشروح وسائر المعتبرات **(ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعوته)** أي دعوة البائع **(باطلة)** أي إذا لم يصدقه المشتري في دعواه، كذا في الشروح **(ووجه الفرق)** إنما ذكره استظهاراً، إذ قد كان معلوماً من مسألة الموت **(أن الأصل في هذا الباب الولد)** قال صاحب النهاية: أي الأصل في باب ثبوت حق العتق للأم بطريق

صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله أولى، وتكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الأصل، ولا يكون له ولاء على لولد لأن العلوق في ملكه ممكن، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي، هذا إذا كانت المدة معلومة، أما إذا لم يعلم بأنها ولدت بعد البيع لأقل من أقل من مدة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو لما بينهما فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً، فدعوة البائع وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه، ودعوة المشتري وحده صحيحة. واحتمال كون العلوق في ملك البائع، إن جاءت به لأقل المدة لا يمنع دعوة المشتري، وإن ادعياه معاً لم تصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبداً للمشتري، لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت به. فإن قيل: في جانب

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجة ٢٥١٦ والدارقطني ٤/ ١٣١ والبيهقي ١٠/ ٣٤٦ كلهم من حديث ابن عباس. في إسناده الحسين بن عبد الله ضعفه ابن حجر في التقريب وكذا البوصيري في الزوائد عند حديث ٢٥١٥.

الثمن كله في قول أبي حنيفة وقالا: يرد حصة الولد ولا يردّ حصة الأم) لأنه تبين أنه باع أم ولده، وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري، وعندهما متقومة فيضمنها. وفي الجامع الصغير: وإذا حملت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه

الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب، وقد اقتفى أثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية. أقول: لا يخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى، فالأوجه في التفسير أن يقال: أي الأصل في باب الدعوة والاستيلاد هو الولد **(والأم تابعة له على ما مرّ)** في مسألة الموت آنفاً **(وفي الفصل الأول)** وهو ما إذا ادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم، وفي بعض النسخ: وفي الوجه الأول **(قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو)** أي المانع منهما **(العتق في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته)** أي ثبوت ما ذكره من الدعوة والاستيلاد **(في الأصل وهو الولد)** لأن امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه في الأصل. فإن قيل: إذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق في ملكه بيقين، لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع، ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فينبغي أن يبطل البيع وإعتاق المشتري. أجاب بقوله **(وليس من ضروراته)** أي وليس ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته: يعني أن ذلك وإن كان من أحكامه إلا أنه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه **(كما في ولد المغرور)** وهو ولد من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق، كذا ذكره المصنف فيما سيجيء في آخر هذا الباب **(فإنه)** أي ولد المغرور **(حرّ)** أي حر الأصل ثابت النسب من المستولد **(وأمه أمة لمولاها)** فلا تصير أم ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق **(وكما في المستولدة بالنكاح)** يعني إذا تزوّج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا تثبت أمية الولد، كذا في غاية البيان، ويطابقه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وكما في المستولدة بالنكاح فإنه إذا استولد أمة الغير بالنكاح يثبت نسبه ولا تصير الأمة أم ولده انتهى. وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه، ولا تصير الجارية أم ولد له للحال إلا أن

المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه واحد فكان المشتري أولى. قلنا: هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبراً. وإن ادعياه متعاقباً إن سبق المشتري صحت دعوته وإن سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما. قال: **(فإن مات الولد فادعاه البائع الخ)** الأصل في هذه أنه إذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينفي ثبوت النسب، وعلى هذا إن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم **(وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت نسب الولد وأخذه لأنه أصل)** لإضافتها إليه حيث يقال أم الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله ﷺ «أعتقها ولدها» قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله ﷺ ألا تعتقها: ولأن الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها، والأدنى يتبع الأعلى، وإذا لم يكن في الأصل ما يمنع الدعوة لم يضرّ فوات التبع، ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة، وقالا: يردّ حصة الولد ولا يرد حصة الأم، وهذا بناء على أن مالية أم الولد غير متقوّمة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري، وعندهما متقومة فيضمنها. وذكر المصنف رواية الجامع الصغير إعلاماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت، فإذا أعتق المشتري الأم وادعى البائع الولد فهو ابنه يردّ عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الأم، فما أصاب الأم يلزم المشتري، وما أصاب الولد سقط عنه عندهما. وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره، ولو كان المشتري أعتق الولد فدعوته باطلة إذا لم يصدقه المشتري في دعواه، وذكر الفرق استظهاراً فإنه كان معلوماً من مسألة الموت **(والأصل في هذا الباب)** أعني به ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاد هو

قوله: **(لأنه أصل لإضافتها إليه الخ)** أقول: الدليلان الأخيران يدلان على الأصالة في النسب بل في العتق.

بحصته من الثمن، ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة. ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على ما مرّ. وفي الفصل الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الأم فلا

يملكها بوجه من الوجوه ا هـ. قال صاحب النهاية والعناية في شرح قول المصنف: وكما في المستولدة بالنكاح بأن تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فإذا هي أمة انتهى. أقول: هذا المعنى هاهنا غير صحيح، لأن الصورة التي ذكراها قسم من قسمي ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المصنف في آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفاً، فلا وجه لأن يذكرها المصنف في مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى. فإن قلت: إن صاحبي النهاية والعناية فسرا ولد المغرور في قول المصنف كما في ولد المغرور بقولهما وهو ما إذا اشترى رجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى. فحينئذ يكون المراد بولد المغرور في كلام المصنف أحد قسميه، وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين، وبالمذكور في مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور. قلت: ذلك التفسير منهما تقصير آخر، فإنه مع كونه تقييداً للكلام المطلق بلا مقتض له مؤد إلى تقليل الأمثلة في مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتأكد **(وفي الفصل الثاني)** وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع **(قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته)** أي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد **(فيه)** أي في الأصل **(وفي التبع)** لأن امتناع الحكم في الأصل يوجب امتناعه في التبع أيضاً **(وإنما كان الإعتاق مانعاً)**. قال متقدمو الشراح: أي وإنما كان إعتاق المشتري الولد مانعاً لدعوة البائع إياه. وقال صاحب العناية لدعوة البائع إياه. وقال صاحب العناية أخذاً منهم: قوله وإنما كان الإعتاق مانعاً بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى. أقول: بل هذا بيان لمانعية عتق الأم عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع، ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب في حقه بدعوة البائع أيضاً، والمعنى: إنما كان إعتاق المشتري الأم والولد مانعاً من دعوة الاستيلاد وأما دعوة النسب فيشمل الفصلين معه، كما ينادي عليه عبارات المصنف في أثناء البيان على ما ترى، وفيما ذهب إليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام **(لأنه)** أي لأن الإعتاق **(لا يحتمل النقض كحق استلحاق الولد وحق الاستيلاد)** يعني أن الإعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب من البائع في الولد وحق الاستيلاد من البائع في الأم في أن كل واحد منهما لا يحتمل النقض **(فاستويا)** أي استوى إعتاق المشتري وحق البائع استلحاقاً واستيلاداً **(من هذا الوجه)** أي من حيث أنهما لا يحتملان النقض فليس لفعل أحدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه. قال صاحب العناية: ورُدّ بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعاً حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى. وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته

ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب **(والأم تابعة له)** في ذلك كما مر **(وفي الفصل الأول)** يعني فيما إذا أعتق المشتري الأم **(قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد)** فيما قيل: إذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين، لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع، ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فكان ينبغي أن يبطل البيع وإعتاق المشتري. أجاب بقوله: **(وليس من ضروراته)** أي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه **(كما في ولد المغرور)** وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت فإنه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من أبيه وليست أمه أم ولد

قوله: **(في هذا الباب: أعني به الخ)** أقول: الأظهر أن يقال: يعني به باب الدعوة والاستيلاد هو الولد الخ، فإن الولد هو المقصود من الدعوة كما لا يخفى على المتأمل قوله: **(هو ثبوت الخ)** أقول: قوله هو راجع إلى الأصل.

يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد، وليس من ضروراته، كما في ولد المغرور فإنه حرّ وأمه أمة لمولاها، وكما في المستولدة بالنكاح. وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع. وإنما على الإعتاق مانعاً لأنه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه، ثم الثابت من المشتري

حرّ الأصل ثبوت النسب للآخر. ولقائل أن يقول: إذا كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته في الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه. ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد انتهى. أقول: السؤال الأول وجوابه مما ذكره بعض الشراح أيضاً ولهما وجه وجيه. وأما السؤال الثاني وجوابه فمن مخترعاته وليس بشيء. أما السؤال فلأن مراد المجيب عن السؤال الأول أن التوأمين في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على أن مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، وليس مراده أنهما في حكم ولد واحد في جميع الأحوال حتى يتوجه السؤال، كيف ومدار العتق على الرقبة، ولا شك أن رقبتيهما متغايرتان فما يترتب على إحداهما لا يلزم أن يترتب على الأخرى كما لا يخفى. وأما الجواب فلأنه إن أراد أنه إن ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته، كما إذا أعتق المولى بعض عبده على قول أبي حنيفة حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر: أي السعاية في بقية قيمته لمولاه فلا نسلم أن في ذلك ضرراً زائداً، إذ الضمان في مقابلة العتق لا يعد ضرراً أصلاً، ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب أيضاً قطعاً، فإنه إذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان قيمته: أي ردّ حصته من الثمن على المشتري فيلزم أن يتحقق هناك أيضاً ضرر زائد. وإن أراد أنه إن ثبت العتق في الآخر لزم المشتري ضمان قيمته: أي إتلاف قيمته فيعارض بالنسب أيضاً قطعاً، فإنه إذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشتري على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيلزم أن يتحقق هناك أيضاً ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوأمين أيضاً والفرض خلافه. ثم أقول: بدل السؤال الثاني وجوابه: ولقائل أن يقول: إذا كان الحكم في التوأمين كذلك كان عتق المشتري مما يحتمل النقض وهو المطلوب والفرض خلافه. ويمكن أن يجاب عنه بأن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصداً واللازم في مسألة التوأمين احتماله النقض ضمناً، وكم من شيء لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً، وسيجيء في الكتاب هذا الفرق بين المسألتين. ثم إن صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤاله الثاني وجوابه: فإن عورض بأن البائع إذا

لأبيه **(وكما في المستولدة بالنكاح)** بأن تزوج امرأة على أنها حرّة فولدت فإذا هي أمة **(وفي الفصل الثاني)** وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع أنه ولده **(قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته)** أي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد **(فيه وفي التبع)** وقوله: **(وإنما كان الإعتاق مانعاً)** بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع، ومعناه أن الإعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الأم في أن كل واحد منهما لا يحتمل للنقض فليس لفعل أحدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا الوجه. وردّ بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعاً حتى يبطل عتق المشتري، وذلك نقض للعتق كما ترى. وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما والحكم بصيرورته حرّ الأصل ثبوت النسب للآخر. ولقائل أن يقول: إذا كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته في

قوله: **(أي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق)** أقول: وإن كان من أحكامه قوله: **(وكما في المستولدة بالنكاح بأن تزوج الخ)** أقول: فيه أن هذا على ما ذكره من قبيل ولد المغرور كما يجيء في آخر الفصل فلا وجه للمقابلة، والظاهر أن حرية الولد لا تمس إليها الحاجة، وذكرها في المثال الأول استطرادي فليتأمل.

حقيقة الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية، وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة، والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية. وقوله في الفصل الأول يردّ عليه بحصته من الثمن

ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعياً في نقض ما تم من جهته. أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به انتهى. أقول: فيعارض بأن الضرر الزائد الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود أيضاً فلا معتبر به أيضاً فلا يخلو الجواب عن معارضة مّا (ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق) يريد بيان رجحان في جانب المشتري بأن الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق (والثابت في الأم حق الحرية، وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة) لأن الحقيقة أقوى من الحق. قال صاحب العناية: ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو، فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك وللمشتري حقيقته. وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح. ويمكن أن يجاب عنه بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدراهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق، فقلنا: يأخذه بالقيمة جمعاً بينهما انتهى. أقول: النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولهما وجه صحيح. وأما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين، أما النظر فلأنا لا نسلم أن مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح؛ ألا يرى أنا نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر بقاء رجحان البعض على البعض بحاله. وإنما يظهر أثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بأن لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى. وأما الجواب فلأن المجتهد بخلافنا في مسألة تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدراهم هو الشافعي وهو متأخر الزمان عن اجتهاد أئمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بها هذه الحقيقة من درجة الحقائق عند أئمتنا فيصح بناء الجواب عليه (والتدبير بمنزلة الإعتاق) أي في الحكم المذكور، وكذا الاستيلاد بمنزلته في ذلك الحكم على ما صرح به صاحبا النهاية ومعراج الدراية في صدر مسألتنا هذه نقلاً عن الإمام التمرتاشي (لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك (وقوله في الفصل الأول يردّ عليه بحصته من الثمن قولهما) يعني أن ما ذكر في الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يردّ عليه بحصته من الثمن هو قول أبي يوسف ومحمد

الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه. ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد، فإن عورض بأن البائع إذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعياً في نقض ما تم من جهته. أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به قوله: (ثم الثابت) بيان ترجيح الإعتاق على الاستلحاق، فإن الثابت (من

قوله: (وأجيب بأن التوأمين، إلى قوله: ثبوت النسب للآخر) أقول: يعني أن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض أنه لا يحتمله قصداً وفيما ذكرتم النقض ضمني لا قصدي، وكم من شيء لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً قوله: (ولقائل أن يقول إذا كان كذلك الخ) أقول: أشار بقوله كذلك إلى قوله بأن التوأمين في حكم ولد واحد قوله: (فمن ضرورة ثبوت العتق الخ) أقول: يعني يجب أن يكون كذلك وإلا لزم الخ قوله: (ويمكن أن يجاب عنه بأنه ثبت العتق في الآخر لزمه الخ) أقول: أي لزم المشتري ضمان قيمة الولد الآخر فيما إذا باع أحد التوأمين ثم ادعى البائع الذي في يده وقد أعتق المشتري ما اشتراه قوله: (وفي ذلك ضرر زائد) أقول: ولذلك لم يجعل من ضروراته استحساناً، وإلا كان القياس ذلك فيه أيضاً فليتأمل، ثم قوله ضرر زائد معناه زائد للمشتري قوله: (فإن عورض) أقول: يعني هذا الجواب قوله: (بأنه غير مقصود) أقول: بل ضمني، ثم إن الضمير في قوله بأنه راجع إلى السعي في قوله كان ذلك سعياً الخ.

قال المصنف: (والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد الخ) أقول: ورد بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعاً حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض العتق كما يرى. وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما في الحكم بصيرورته حراً لأصل ثبوت النسب للآخر قوله: (فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح) أقول: أنت خبير بأنه لا يلزم التسوية مطلقاً، ألا يرى أنه إذا لم يمكن الجمع يعمل بالحقيقة دون الحق وعند ذلك يظهر رجحان الحقيقة على الحق.

قولهما وعنده يردّ بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت. قال: **(ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع)** لأن البيع يحتمل النقض، وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لأجله، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوّجها ثم كانت الدعوة لأن

رحمهما الله **(وعنده)** أي عند أبي حنيفة **(يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت)** قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الأئمة في المبسوط والإمام قاضيخان والإمام المحبوبي في الجامع الصغير أنه يردّ بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند أبي حنيفة أيضاً، بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بأن في الإعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة، وأما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبراً في حقه فردّ جميع الثمن. ثم اعلم أن الذي اختاره المصنف وصححه هو ما ذكره شمس الأئمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها، ولكن قالوا إنه مخالف لرواية الأصول، وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل إعتاق المشتري. فإن قيل: ينبغي أن لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض. قلنا: الولد إنما حدث بعد القبض من حيث الصورة، وأما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وإن قبضه المشتري، وما هو كذلك فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هاهنا بالدعوة، كذا في الشروح **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(ومن باع عبداً ولد عنده)** أي كان أصل العلوق في ملكه **(وباعه المشتري)** أي ثم باعه المشتري **(من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه)** أي الولد ابن البائع الأول **(ويبطل البيع)** أي يبطل البيع الأول والثاني **(لأن البيع يحتمل النقض وماله)** أي وما للبائع **(من حق الدعوة لا يحتمله)** أي لا يحتمل النقض **(فينتقض البيع لأجله)** أي لأجل ما للبائع من حق الدعوة. قال المصنف **(وكذا)** أي وكحكم المسألة السابقة الحكم **(إذا كاتب الولد)** أي إذا كاتب المشتري الولد **(أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم)** أي كاتب المشتري الأم فيما إذا اشتراها مع ولدها **(أو رهنها أو زوّجها ثم كانت الدعوة)**

المشتري حقيقة الإعتاق والثابت) للبائع **(في الولد حق الدعوة وفي الأم حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة)** ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك وللمشتري حقيقته. وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى، فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح. ويمكن أن يجاب بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن مبناها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا أحرزوا بدارهم، وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعاً بينهما **(والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية)** وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك قوله: **(وقوله في الفصل الأول)** يريد به أن ما نقل عن الجامع

قال المصنف: **(قوله في الفصل الأول الخ)** أقول: قوله وقوله مبتدأ وقوله قولهما خبره **(قوله وقوله هو الصحيح احتراز إلى قوله من الثمن الخ)** أقول: قال في غاية البيان: وهكذا ذكر محمد في الجامع الصغير حيث قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يشتري الجارية فتلد عنده ولداً وقد كان أصل الحبل عند البائع وأعتق المشتري الأم ثم ادعى البائع الولد قال: هو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن إلى هنا لفظ محمد، وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي والكرخي والطحاوي في مختصريهما، وكذلك ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير، وكذلك ذكر شمس الأئمة البيهقي في الشامل والكفاية قوله: **(وكيف يسترد كل الثمن)** أقول: قال الإمام الزيلعي: بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت في ضمانة بالقبض، وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك انتهى. وفي غاية البيان نقلاً عن مختصر الكرخي وكفاية شمس الأئمة البيهقي أنه يقسم الثمن على قيمة الأم يوم وقع العقد وعلى قيمة الولد يوم ولد قوله: **(والقائل أن يقول الثابت الخ)** أقول: فيه بحث، فإن الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية أيضاً بل حرية الأصل كما سيجيء آنفاً.

هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة، بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مرّ، وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه. قال: (ومن ادّعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصوّر علوق الثاني حادثاً لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر. وفي الجامع الصغير: إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه ويبطل عتق المشتري، لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل فيه فيثبت نسب الآخر، وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمان

أي ثم وجدت دعوة البائع (لأن هذه العوارض تحتمل النقض) كالبيع (فينتقض ذلك كله) أي فتنتقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الإشارة والضمير بتأويل ما ذكر (وتصح الدعوة) لكونها مما لا يحتمل النقض. واعلم أن هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة الجامع الصغير (بخلاف الإعتاق والتدبير) فإنهما لا يحتملان النقض (على ما مر) آنفاً (بخلاف ما إذا ادعاه) أي الولد (المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه) أي كإعتاق المشتري. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فأنى يتساويان. وأما الدعوة من المشتري ومن البائع فيتساويان في أن الثابت بهما حق الحرية فأين المرجح. ويمكن أن يجاب عنه بأن التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة، وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث أن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة إلى الثانية انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله في السؤال الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بأن قال فيه بحث، فإن الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية أيضاً بل حرية الأصل كما سيجيء انتهى. أقول: هذا مندفع لأن حقيقة حرية الأصل إنما تثبت بالدعوة للولد، ومراد صاحب العناية أن الثابت بالدعوة للبائع حقها، لأن مدار الكلام في جنس ما نحن فيه من المسائل، على أن الترجيح هل هو في جانب البائع أو في جانب المشتري، ولا شك أن الثابت بالدعوة للبائع على كل حال إنما هو الحق وهو حق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الأم على ما مر في الكتاب وتقرّر، وقد عبر عنه صاحب العناية هاهنا بحق الحرية لتأديه إلى الحرية، وكذا الحال بالنظر إلى دعوة المشتري فانتظم السؤال والجواب وإن كان في

الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يردّ عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت. وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الأئمة في المبسوط وقاضيخان والمحبوبي أنه يردّ بما يخص الولد من الثمن، بخلاف الموت، وفرقوا بينهما بأن في الإعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة. وأما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبراً في حقه فيرد جميع الثمن، والذي اختاره المصنف هو ما ذكره شمس الأئمة في الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها وقالوا إنه مخالف لرواية الأصول، وكيف يُسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لا يبطل إعتاق المشتري؟ قيل الواجب أن لا يكون للولد حصة من الثمن بحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض. وأجيب بأن

قوله: (لاشتمالها على صورة الخ) أقول: ولاشتمالها على زيادة وهي قوله ولداً عنده والقدوري ساكت عنها، وجواب مسألة الجامع مبني على هذه الزيادة قوله: (قال شمس الأئمة يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان) أقول: وفي المغرب التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توأمان، وقولهم، هما توأم وهما زوج خطأ، ويقال للأنثى توأمة انتهى. فما في المغرب يخالف ما ذكره شمس الأئمة السرخسي قوله: (وقد تقدم الكلام) أقول: في الصحيفة السابقة.

فتبين أن عتق المشتري وشراءه لا في حرية الأصل فبطل، بخلاف ما إذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً لحق دعوة البائع وهنا ثبت تبعاً لحريته فيه حرية الأصل فافترقا **(ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت**

تقريره نوع ضيق واضطراب **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن ادعى نسب أحد التوأمين)** التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد، يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان، وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ، ويقال للأنثى توأمة، كذا في المغرب. ولكن الإمام شمس الأئمة السرخسي ذكر في المبسوط أن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة، حتى لو قال غلامان توأم وغلامان توأمان كلاهما صحيح عند أهل اللغة، كذا في النهاية وغيرها **(ثبت نسبهما منه)** أي ثبت نسب التوأمين معاً ممن ادعى نسب أحدهما **(لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر، وهذا)** أي كونهما من ماء واحد **(لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً)** أي بعد ولادة الأول **(لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر)** لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، ولا يتصور علوق الثاني على علوق الأول لأنها إذا حبلت ينسد فم الرحم، كذا في الكافي وغيره، وكأن المصنف لم يتعرّض لدفع هذا الاحتمال لكونه أمراً معلوماً في غير هذا الفن **(وفي الجامع الصغير)** قال في العناية: ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب في الآخر بعد إعتاق المشتري انتهى. وقال في معراج الدراية، إنما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهي كقوله ولداً عنده، وفيه إشارة إلى كون العلوق في ملك المدعى انتهى **(إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري)** إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل، كذا في العناية. قال المصنف في التعليل **(لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة فيه)** أي في أن يصادف العلوق والدعوة ملكه، فإن في قوله ولدا عنده إشارة إلى مصادفة العلوق ملكه، وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوى ملكه **(ثبت به حرية الأصل)** جواب لما ثبت نسب الولد الذي عنده: أي ثبت حرية الأصل في هذا الولد **(فيثبت نسب الآخر)** أي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه وأعتقه المشتري **(وحرية الأصل فيه)** أي ويثبت حرية الأصل في ذلك الولد أيضاً **(ضرورة لأنهما توأمان)** وهما من ماء واحد **(فتبين أن عتق المشتري وشراءه لاقى حرّ الأصل فبطل)** أي فبطل كل واحد من عتقه وشرائه. قال في الكافي: وكان هذا نقض الإعتاق بأمر فوقه وهي الحرية الثابتة بأصل الخلقة انتهى **(بخلاف ما**

ذلك من حيث الصورة، وأما من حيث المعنى فهو كحادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة. قال: **(ومن باع عبداً ولد عنده الخ)** والأصل في هذا أنه إذا حدث في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه، وعلى هذا إذ باع عبداً ولد عنده يعني كان أصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض، وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله فينقض لأجله، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوّجها ثم كانت الدعوة، لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض لأجل ما لا يحتمله، بخلاف الإعتاق والتدبير لما تقدم، وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه. ولقائل أن يقول: الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فأنى يتساويان. وأما الدعوة من المشتري ومن البائع فمتساويتان في أن الثابت بهما حق الحرية فأين المرجح. ويمكن أن

قال المصنف: **(وهنا يثبت تبعاً لحريته)** أقول: وكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً قصداً وأصالة قوله: **(يثبت بطلان إعتاق المشتري في المشتري)** أقول: قوله في المشتري متعلق بقوله يثبت قوله: **(والضمير للمشتري كذلك)** أقول: أي للمشتري بالفتح قال المصنف: **(ولو لم يكن أصل العلوق الخ)** أقول: قال الزيلعي: بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهي حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لأكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضاً لأنهما لا يفترقان فيه، لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه انتهى. وهذا الاحتمال لا يلائم ما نحن فيه.

نسب الولد الذي عنده، ولا ينقض البيع فيما باع) لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته. قال: **(وإذا كان الصبيّ في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبداً وإن**

إذا كان الولد واحداً) حيث لا يبطل فيه إعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه كما مر **(لأن هناك)** أي في مسألة الولد الواحد **(يبطل العتق فيه)** أي في الولد **(مقصوداً)** يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد مقصوداً **(لحق دعوة البائع)** وأنه لا يجوز لما تقدم أن حق الدعوة لا يعارض حقيقة الإعتاق **(وهاهنا)** أي في مسألة التوأمين **(يثبت تبعاً لحريته في حرية الأصل)** أي يثبت بطلان إعتاق المشتري فيما اشتراه تبعاً لحريته حرية الأصل لا حرية التحرير، فالضمير في حريته راجع إلى المشتري بالفتح. وقوله فيه متعلق بقوله يثبت، والضمير راجع إلى المشتري كذلك. وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحريته، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحاً فالإعتاق لم يصادف محله فكان خليقاً بالردّ والإبطال، كذا في العناية. أقول: هذا شرح صحيح، إلا أنه يكون في كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتأخير حيث كان حق الأداء على هذا المعنى أن يقال: وهاهنا يثبت فيه تبعاً لحريته حرية الأصل كما لا يخفى، وكأن متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المصنف هاهنا: أي يثبت بطلان إعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الأصل انتهى. وقال صاحب غاية البيان: يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان إعتاق المشتري لا مقصوداً بل تبعاً لثبوت الحرية الأصلية الثابتة في الذي باعه ا هـ. فإن الظاهر مما بينوا من المعنى أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقاً بقوله يثبت بل أن يكون متعلقاً بمقدر وهو الكائنة أو الثابتة على أنه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد. أقول: لعل المحذور فيه أشد من الأول، فإن الحرية بعد أن تضاف إلى الضمير الراجع إلى المشتري لا يبقى احتمال أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقاً بقوله تثبت، وإلا فيلزم أن يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكروه لغواً من الكلام، وإنما يتم ذلك المعنى أن لو كان كلام المصنف وهاهنا يثبت تبعاً للحرية فيه بدون الإضافة كما لا يخفى **(فافترقا)** أي فافترق ما نحن فيه من مسألة التوأمين، وما إذا كان الولد واحداً حيث لزم بطلان العتق هناك أصالة وقصداً، وفيما نحن فيه ضمناً وتبعاً، وكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت أصالة وقصداً. قال في معراج الدراية: إلى هذا أشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده والسرخسي في جامعه. وقال في النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال: أو نقول في مسألتنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما في يده من أحد التوأمين أن إعتاق المشتري لم يلاق محله لأنه ظهر أنه كان حرّ الأصل وتحرير الحرّ باطل لأن فيه إثبات الثابت، وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية **(فلو لم يكن أصل العلوق في ملكه)** يعني أن الذي ذكر من قبل إذا كان أصل العلوق في ملك المدعي ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه والمسألة بحالها **(ثبت نسب الولد الذي عنده)** أي ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر أيضاً ضرورة لأن التوأمين لا ينفكان نسباً **(ولا ينقض البيع فيما باع)** ولا يبطل عتق المشتري فيه **(لأن هذه)** أي لأن دعوة البائع هاهنا

يجاب عنه بأن التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة، وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث إن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة إلى الثاني **(ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه)** وكلامه فيه ظاهر. وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب في الآخر بعد إعتاق المشتري، قال شمس الأئمة السرخسي: يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان. قوله: **(ويبطل عتق المشتري)** إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق، وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل وكلامه ظاهر، وقد تقدم الكلام

قوله: **(فكان قوله هذا ابني مجازاً الخ)** أقول: فيه بحث، لأنه لو كان مجازاً كما ذكره لما ثبت نسب الذي ليس عنده، بل نسب الذي عنده والمصرح خلافه فليتأمل، ثم قوله دعوة بدل من قوله مجازاً أو خبراً بعد خبر، وقوله مجازاً حال.

جحد العبد أن يكون ابنه) وهذا عند أبي حنيفة **(وقالا: إذا جحد العبد فهو ابن المولى)** وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه. لهما أن الإقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار، والإقرار بالنسب يرتدّ بالرد وإن كان لا يحتمل النقض؛ ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل فصار كما إذا أقرّ المشتري على

(دعوة تحرير) لا دعو استيلاد **(لانعدام شاهد الاتصال)** أي لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعي حيث لم يكن أصل العلوق في ملكه، ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعي **(فيقتصر على محل ولايته)** أي إذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعي وصار كأن البائع أعتقهما فيعتق من في ملكه عليه فحسب، وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع، كذا في الكافي. وقال كثير من الشراح في شرح قول المصنف لأن هذه دعوة تحرير الخ، لأنه لما لم يكن أصل علوقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله هذا حرّ، ولو قال لأحد التوأمين هذا حرّ كان تحريراً مقتصراً على محل ولايته، فكذا دعوة التحرير. أقول: يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله هذا حرّ أنه لو كان كذلك لما ثبت نسب أحد من الولدين منه لأن المصير إلى المجاز عند تعذر إعمال الحقيقة، وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه. وتفصيل المقام أنه قد مرّ في كتاب العتاق أنه إذا قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني، فإن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت منه. وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق، فإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه عند تعذر إعماله في حقيقته، وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعتق وهو قول الشافعي. لهم أنه كلام محال فيردّ ويلغو. ولأبي حنيفة أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوّة في المملوك سبب لحريته وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوّزاً، ولأن الحرية ملازمة للبنوّة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزاً عن الإلغاء انتهى. فقد تلخص من ذلك كله أن ثبوت النسب فيما إذا قال لغلام هذا ابني إنما يكون في صورة واحدة من الصور الثلاث المذكورة وهي: أن يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب ولكن يجري اللفظ في هذه الصورة على حقيقته. وأما في الصورتين الأخريين فيصير اللفظ محمولاً على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازاً فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا كان الصبيّ في يد رجل قال)** أي ذلك الرجل **(هو)** أي الصبيّ **(ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه)** أي لم يكن ذلك الصبيّ ابن ذلك الرجل **(أبداً)**

فيه سؤالاً وجواباً. قوله: **(بخلاف ما إذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً)** يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البائع، وقد تقدم أن حق الدعوة لا يعارض الإعتاق **(وهنا)** أي في مسألة التوأمين **(يثبت)** بطلان إعتاق المشتري في المشترى **(تبعاً لحريته فيه حرية الأصل)** لا حرية التحرير فالضمير في لحريته راجع إلى المشتري بالفتح. وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت، والضمير للمشتري كذلك. وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحريته، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحاً، فالإعتاق لم يصادف محله فكان خليقاً بالرد والإبطال **(ولو لم يكن أصل العلوق في ملك المدعي يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع)** لأنه لما لم يكن أصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي، فكان قوله هذا ابني مجازاً عن قوله هذا حرّ دعوة تحرير، ولو قال لأحد التوأمين هذا حر كان تحريراً مقتصراً على محلّ ولايته فكذا دعوة التحرير. ونوقض بما إذا اشترى الرجل أحد التوأمين وأبوه الآخر فادعى أحدهما الذي في يده أنه ابنه يثبت

قال المصنف: **(ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل)** أقول: وإن كانا لا يعملان فيما لا يحتمل النقض.

البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء إليه، بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقرّ له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه. ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته، كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه، وهذا لأنه تعلق به حق المقرّ له على اعتبار تصديقه، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه،

قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: يعني سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب. وقال تاج الشريعة: يعني وإن جحد العبد أن يكون هو ابنه. أقول: لا يخفى على الفطن أنه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف **(وإن جحد العبد أن يكون ابنه)** سيما على ما قاله تاج الشريعة، اللهم إلا أن يحمل على التأكيد تقريراً لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه، وقد أشار صاحب العناية إلى كون المعنى لم يكن ابنه أبداً: أي في وقت من الأوقات لا حالاً ولا مستقبلاً حيث قال في تقرير المسألتين: وإذا كان الصبي في يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الأوقات لا حالاً ولا مستقبلاً انتهى. أقول: الحق أن المراد هاهنا هذا المعنى لوجوه: أحدهما اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر. وثانيها أن الأبد على هذا المعنى يكون على أصل معناه وهو عموم الأوقات وعلى المعنى الأول يصير مصروفاً عنه إلى عموم الأحوال كما ترى. وثالثها أنه يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسألتنا دون المعنى الأول فإن المقرّ له الحاضر والغائب سيان بالنظر إلى الأحوال المذكورة في المعنى الأول: أعني التصديق والتكذيب والسكوت عنهما، إذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الأحوال في وقت مّا فلا فائدة في التقييد بالغائب على إرادة عموم الأحوال. وأما بالنظر إلى الأوقات المذكورة في هذا المعنى: أعني الحال والأوقات المستقبلة فهما: أي المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصوّر الجحود من الغائب في الحال لعدم علمه فيها ما أقرّ به المقر، ويتصور ذلك منه في الاستقبال بأن يعلمه بعد أن يحضر، بخلاف الحاضر فإنه يتصور منه الجحود في الحال والاستقبال بلا فرق بينهما، فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبيّ ابن المقرّ بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقرّ له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر، فلو أطلق فلاناً ولم يقيد بالغائب على إرادة عموم الأوقات لتبادر إلى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقرّ له حاضراً فقط، ولما قيدنا بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقرّ له غائباً عبارة، وثبوته عند كونه حاضراً أيضاً دلالة؛ فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى. ثم اعلم أنه لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبيّ في يده، وذكره في الكتاب وقع اتفاقاً نص عليه

نسبهما منه ويعتقان جميعاً، ولم تقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال، إذ الكلام فيه. وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر وهو أن المدعي إذا كان هو الأب فالابن قد ملك أخاه فيعتق عليه، وإن كان هو الابن فالأب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير. قال: **(وإذا كان الصبيّ في يد رجل الخ)** إذا كان الصبيّ في يد رجل أقر أنه ابن

قوله: **(بخلاف ما إذا صدقه)** أقول: أي صدق المقر له بالنسب المقر قال المصنف: **(ولأبي حنيفة أن النسب الخ)** أقول: ولا جواب فيما ذكره عن قولهما؛ ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل قوله: **(لعدم احتمال النقض)** أقول: فيه نوع مصادرة قوله: **(وأما الثاني فلأنه الخ)** أقول: لا يخفى عليك عدم ملايمة الشرح للمشروح قال المصنف: **(ثم ادعاه لنفسه)** أقول: فإنها لا تصح، لكن ذكر العلامة علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد أن مسألة رد الشهادة ثم الادعاء على الخلاف أيضاً لا يقبل عنده خلافاً لهما قال المصنف: **(وهذا لأنه تعلق به حق المقر له)** أقول: قال الإتقاني: إشارة إلى قوله لا يحتمل النقض انتهى. وفيه بحث، بل هو إشارة إلى قوله والإقرار بمثله لا يرتد بالرد قوله: **(ولم يتقرر لأنه الخ)** أقول: تأمل في صحة هذا التعليل فإن سقامته ظاهرة ولو كان اللفظ إلا أنه لم يتوجه قوله: **(لأن الملك له قائم في الحال)** أقول: فيه بحث، كيف يقوم الملك وهو مقر بأنه معتق. قال في الكافي: إن المشتري إذا أقر أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فإنه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى. ولا يخفى دلالته على ما قلنا فليتأمل.

وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد بردّ المقرّ له، ومسألة الولاء على هذا الخلاف، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجرّ الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب. وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به، بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجاً على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة

الإمام الزيلعي في التبيين **(وهذا عند أبي حنيفة)** أي حكم المسألة المذكورة على إطلاقه إنما هو عند أبي حنيفة رحمه الله. وفي المبسوط: لكن يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه من المولى، كذا في النهاية ومعراج الدراية **(وقالا: إذا جحد العبد فهو)** أي الصبيّ **(ابن المولى)** يعني ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا في النهاية. قال المصنف **(وعلى هذا الخلاف إذا قال)** أي إذا قال الذي في يده الصبي **(هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه)** هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً، كذا في غاية البيان **(لهما أن الإقرار)** أي الإقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب **(ارتدّ برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار)** أي فصار كأنه لم يقر لأحد وادعاه لنفسه **(والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل النقض)** أي وإن كان النسب لا يحتمل النقض **(ألا يرى أنه)** أي الإقرار بالنسب **(يعمل فيه الإكراه والهزل)** حتى لو أكره ببنوة عبد فأقرّ بها لا يثبت النسب، وكذا لو أقرّ بها هازلاً **(فصار)** أي فصار حكم هذه المسألة **(كما إذا أقرّ المشتري على البائع بإعتاق المشتري)** بفتح الراء **(فكذبه البائع ثم قال)** أي المشتري **(أنا أعتقته يتحوّل الولاء إليه)** أي فإنه يتحوّل الولاء إلى المشتري وصار كأنه لم يقرّ أصلاً **(بخلاف ما إذا صدقه)** أي بخلاف ما إذا صدق المقرّ له المقرّ في مسألتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق **(لأنه)** أي المقر **(يدعي بعد ذلك)** أي بعد تصديق المقرّ له إياه **(نسباً ثابتاً من الغير)** وهو لا يصح **(وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه)** بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه أيضاً دعوة المولى بالاتفاق **(لأنه تعلق به)** أي بالصبيّ **(حق المقر له على اعتبار تصديقه)** أي على اعتبار احتمال تصديقه **(فيصير كولد الملاعنة، فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه)** يعني أن الاحتمال جانب التصديق تأثيراً فيما نحن فيه كما أن الاحتمال جانب التكذيب تأثيراً في ولد الملاعنة **(ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته)** وهذا بالاتفاق **(والإقرار بمثله)** أي بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته **(لا يرتدّ بالرد)** يعني وما كان كذلك فالإقرار به لا يرتد بالردّ: أي لا يبطل بالتكذيب، كمن أقرّ بحرية عبد إنسان وكذبه المولى لا يبطل إقراره، حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الإمام قاضيخان وذكر في الشروح **(فبقي)** أي فبقي الإقرار في حق المقر وإن لم يثبت في حق المقر له، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة **(فتمتنع دعوته)** أي فتمتنع دعوة المقرّ بعد الرد أيضاً **(كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة)** كالعتق والقرابة **(ثم ادعاه)** أي ثم ادعاه الشاهد **(لنفسه)** حيث لا تصح دعوته. واعلم أن الإمام فخر الإسلام ذكر هذه

عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الأوقات لا حالاً ولا مستقبلاً. أما حالاً فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير، وأما استقبالاً فلأن الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث: إما أن يصدقه أو يكذبه أو يسكت عن التصديق والتكذيب. ففي الوجه الأول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقرّ له فبقي إقراره وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وقالا: الإقرار بالنسب يرتد بالردّ، ولهذا إذ أكره على الإقرار بنسب عبد فأقرّ به لا يثبت، وكذا لو هزل به، فإذا ردّه العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كأنه لم يقرّ لأحد وادعاه لنفسه وصار كما إذا أقرّ المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته فإن

قال المصنف: **(إذ دلائل الوحدانية ظاهرة)** أقول: الظاهر أن يقال دلائل الإسلام لأن بمجرد التوحيد لا يتحقق الإسلام قوله: **(ولقائل أن يقول: هذا مخالف الخ)** أقول: فيه بحث. لأنا لا نقول إن الإيمان ليس خيراً من الإشراك حتى يخالف، بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الإسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته فليتأمل قوله: **(لأن دعوته لا تحتمل الخ)** أقول: ها هنا نوع مصادرة.

بعد ذلك فيقطع دعواه إقراره بالنسب لغيره. قال: (**وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني: هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حرّ**) لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعارضاً، ولا تعارض لأن نظر الصبيّ في هذا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة، وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها (**ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى**) ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين. قال: (**وإذا ادّعت امرأة صبياً أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة**) ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدّق إلا بحجة، بخلاف

المسألة في شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال: وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعذر ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى. فاقتفى المصنف أثره فأوردها هاهنا كذلك. وأما شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي فقد ذكر أنها أيضاً على هذا الخلاف حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وعلى هذا الخلاف إذا شهد أنه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند أبي حنيفة خلافاً لهما انتهى (**وهذا**) إشارة إلى قوله والإقرار بمثله لا يرتد بالرد (**لأنه تعلق به**) أي بالنسب (**حق المقر له على اعتبار تصديقه، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه**) أي من المقر له، ولما جاز أن يثبت النسب منه بعد التكذيب بقي له حق الدعوة ومع بقاء حقه لا تصح دعوة المقر كما إذا لم يصدقه ولم يكذبه، (**وكذا تعلق به حق الولد**) من جهة احتياجه إلى النسب (**فلا يرتد بردّ المقر له**) لتعلق حقه وحق الولد. هكذا ينبغي أن يشرح هذا المقام، ولا يلتفت إلى ما في العناية وغيرها مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره ما لا يخفى على ذي فطرة سليمة (**ومسألة الولاء على هذا الخلاف**) إشارة إلى الجواب عن استشهادهما بمسألة الولاء بأنها أيضاً على هذا الخلاف فلا تنتهض شاهدة لما قالاه وحجة على ما قاله (**ولو سلم**) أي ولو سلم كون مسألة الولاء على الاتفاق (**فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجرّ الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب**) صورة: معتقة تزوجت بعبد وولدت منه أولاداً فجنى الأولاد كأن عقل جنايتهم على موالي الأب لأن الأب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقاً بقوم الأم، فإن أعتق العبد جر ولاء الأولاد إلى نفسه، كذا روي عن عمر رضي الله عنه، ذكره قاضيخان، كذا في النهاية ومعراج الدراية (**وقد اعترض على الولاء الموقوف**) وهو الولاء من جانب البائع، وإنما سماه موقوفاً لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب، كذا في النهاية وغيرها (**ما هو أقوى وهو دعوى المشتري**) لأن الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفاً لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك، كذا في العناية وأكثر الشراح. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، لأنه كيف يقوم الملك وهو مقرّ بأنه معتق. قال في الكافي: إن المشتري إذا أقرّ أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فإنه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقرّ انتهى. ولا يخفى دلالته على ما قلناه، إلى هنا كلام ذلك البعض. أقول: بحثه ظاهر

الولاء يتحوّل إليه، بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير وهو لا يصح، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقرّ له على اعتبار تصديقه فيصير كالولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيبه نفسه. ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته، وهذا بالاتفاق، وما كان كذلك فالإقرار به لا يرتد بالرد، لأن الإقرار به يتضمن شيئين: خروج المقر عن الرجوع فيما أقر به لعدم احتمال النقض كالإقرار بالطلاق والعتاق، وتعلق حق المقرّ له به، وبتكذيب العبد لا يبطل شيء منهما. أما الأول: فلأن تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا. وأما الثاني: فلأنه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد أيضاً وهو لا يقدر على إبطاله. ونظر الإمام فخر الإسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة أو فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فإنها لا تصح، وكذلك أوردها المصنف، وذكر الإسبيجابي أنها على الخلاف لا تقبل عند أبي حنيفة خلافاً لهما. قوله: (**ومسألة الولاء**) جواب عن استشهادهما بها بأنها على الخلاف فلا تنهض شاهدة. سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الأقوى فجر الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب

الرجل لأنه يحمل نفسه النسب، ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد. أما النسب فيثبت بالفراش

السقوط، لأن المشتري إنما أقرّ أوّلاً بأن ما اشتراه معتق البائع لا بأنه معتق نفسه وقد كذبه البائع، وهذا لا ينافي قيام الملك له في الحال: أي في حال دعوى الإعتاق لنفسه ثانياً، وإنما لا يقوم الملك له في الحال لو كان أقرّ ابتداء بأنه معتق نفسه، أو كان أقرّ بأنه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس. وأما ما ذكره في الكافي فعلى تقدير تمامه يجوز أن يكون مبنياً على كون مسألة الولاء أيضاً على هذا الخلاف كما ذكره المصنف أوّلاً حيث قال: ومسألة الولاء على هذا الخلاف. ولا يخفى أن مبنى الكلام هاهنا على تسليم كون بطلان الإقرار وتحوّل الولاء في مسألة الولاء متفقاً عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ، وحينئذ لا شك في قيام الملك للمشتري إلى حال دعوى الإعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخلط الكلام **(فبطل به)** أي بطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الأقوى الذي هو دعوى المشتري **(بخلاف النسب)** يعني أنه لا يبطل باعتراض شيء أصلاً **(على ما مرّ)** وهذا إشارة إلى قوله إلى النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته، وعليه أخذ أكثر الشراح. قال في الكافي: بخلاف النسب كما مر في ولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى. وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف أيضاً. والحاصل أن النسب ألزم من الولاء، فإن الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله أصلاً فلا يصح قياس النسب على الولاء **(وهذا)** أي إقرار البائع بنسب ما باعه لغيره **(يصلح مخرجاً)** أي حيلة **(على أصله)** أي على أصل أبي حنيفة **(فيمن يبيع الولد ويخاف عليه)** أي يخاف المشتري على الولد **(الدعوة بعد ذلك)** من البائع **(فيقطع دعواه)** أي فإنه يقطع دعوى البائع **(بإقراره بالنسب لغيره)** قال الإمام المحبوبي: صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يأمن المشتري أن يدعيه البائع يوماً فينتقض البيع فيقرّ البائع بكون الصبيّ ابن عبده الغائب حتى يأمن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند أبي حنيفة فإن هذا يكون حيلة عنده. وفي الفوائد الظهيرية: الحيلة في هذه المسألة على قول الكل أن يقرّ البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأتى فيه تكذيب فيكون مخرجاً على قول الكل، كذا في النهاية **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا كان الصبيّ في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حرّ)** وفي الفوائد الظهيرية وغيرها: هو ابن النصراني إذا كانت الدعوتان معاً، فكان قوله معاً إشارة إلى أن دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبداً للمسلم، كذا في النهاية: قال المصنف **(لأن الإسلام مرجح)** بكسر الجيم **(فيستدعي تعارضاً)** يعني أن الإسلام مرجح أينما كان والترجيح يستدعي تعارضاً **(ولا تعارض)** أي لا تعارض هاهنا لأن التعارض إنما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة هاهنا **(لأن نظر الصبيّ في هذا أوفر)** يعني أن النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرناه أوفر **(لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً إذ دلائل الوحدانية ظاهرة، وفي عكسه)** أي وفي عكس ما ذكرناه **(الحكم بالإسلام تبعاً)** أي ينال الحكم بالإسلام تبعاً **(وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها)** أي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة، كذا رأى أكثر الشراح في حل هذا المقام، وهو الحقيق عندي أيضاً بأن يراد من هذا الكلام. قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال: ولقائل أن يقول: هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك﴾ [البقرة: ٢٢١] ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلف بالدين مانع قوي؛ ألا يرى إلى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد، وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها

وصورته معروفة، وإنما لا يبطل إذا تقرّر سببه ولم يتقرّر لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفاً، وقد اعترض عليه ما هو أقوى وهو دعوى المشتري لأن الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفاً لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل، بخلاف النسب على ما مر أن النسب مما لا يحتمل النقض، وهذا يصلح مخرجاً: أي حيلة على أصل أبي حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره. قال: **(وإذا كان**

القائم، وقد صح أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند أبي حنيفة وقد مرّ في الطلاق، وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا: يثبت النسب منها بقولها لأن فيه

المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل أن يقول: هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك﴾ [البقرة: ٢٢١] بأن قال فيه بحث. لأنا نقول: إن الإيمان ليس خيراً من الإشراك حتى يخالف، بل نقول: كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذلّ الرقية، وكسب الإسلام في وسعه دون كسب الحرية، فالنظر للصبيّ يقتضي الحكم بحريته انتهى. أقول: ليس مراد صاحب العناية أن هذا مخالف للكتاب بمجرد دلالة الكتاب على أن صفة الإيمان خير من صفة الإشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض، بل مراده أنه مخالف للكتاب لدلالته على أن العبد المؤمن وإن كان رقيقاً خير من المشرك وإن كان حرّاً. أما على كون الأمة والعبد في قوله تعالى: ﴿ولأمة مؤمنة خير من مشركة﴾ [البقرة: ٢٢١] وقوله تعالى: ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك﴾ [البقرة: ٢٢١] محمولين على ظاهرهما: أعني الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف: يعني أن المؤمن ولو كان معه خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية، فإن شرفها لا يجدي نفعاً مع الكفر، ودناءة الرق لا تضر مع شرف الإيمان انتهى، فالأمر ظاهر. وأما على كون الأمة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وأمته عامين للحر والحرة أيضاً كما ذهب إليه صاحب الكشاف وأضرابه حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين: أي ولا امرأة مؤمنة حرة كانت أو مملوكة، وكذلك: ﴿ولعبد مؤمن﴾ [البقرة: ٢٢١] لأن الناس كلهم عبيد الله وإماؤه انتهى، فلأن الرقيق المؤمن يندرج حينئذ في عبد مؤمن قطعاً فيكون خيراً من مشرك وإن كان حراً، ودلالة ظاهر الدليل المذكور في مسألتنا على أن الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الإيمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم بإسلامه تبعاً مع حرمانه عن الحرية فتفهم المخالفة للكتاب، وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور. ثم قال صاحب العناية: ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ [الأحزاب: ٥] يوجب دعوة الأولاد لآبائهم، ومدعي النسب أب لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان. وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان[1] نظرا لها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء جحود

الصبيّ في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني، وهو حرّ لأن الإسلام مرجح أينما كان، والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض هاهنا لأن النظر للصبي واجب، ونظره فيما ذكرنا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلاً، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة، وفي عكسه الحكم بالإسلام: أي ينال الحكم به تبعاً وحرمانه عن الحرية، إذ ليس في وسعه اكتسابها) ولقائل أن يقول: هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك﴾

قوله: (ولم يترجح جانب الإسلام) أقول: بلى ترجح خلافه.

---

(١) الأحاديث الدالّة على ذلك كثيرة منها حديث ابن عباس «ليس منا من لم يوقّر الكبير، ويرحم الصغير، ويأمر بالمعروف، وينه عن المنكر».
أخرجه الترمذي ١٩٢١ والبغوي ٣٤٥٢ وابن حبان ٤٥٨ أحمد ١/ ٢٥٧ والبزار والطبراني باختصار كما في المجمع ٨/ ١٤ قال الهيثمي: في أحد إسنادي البزار قيس بن الربيع وثقه شعبة والثوري، وضعفه غيره، وبقية رجاله ثقات اهـ. وقال الترمذي: حسن غريب اهـ. وفي إسناد الترمذي ليث بن أبي سليم ضعيف.
وفي الباب من حديث عمرو بن العاصي أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٣٥٤ وأبو داود ٤٩٤٣ والترمذي ١٩٢٠ وقال عنه الترمذي: حسن صحيح اهـ. وفي تلك الأحاديث أيضاً حديث أبي هريرة «قال: أبصر الأقرع بن حابس التميميُ النبيّ ﷺ يُقبّلُ الحسن بن عليّ، فقال: إن لي عشرة من الولد ما قبلت أحداً منهم فقال نبيُ الله ﷺ: من لا يرحم لا يُرحم».
أخرجه البخاري ٥٩٩٧ وفي الأدب المفرد ٩١ ومسلم ٢٣١٨ وأبو داود ٢١٨ والترمذي ١٩١١ والبغوي ٣٤٤٦ وابن حبان ٤٥٧.

إلزاماً على نفسها دون غيرها. **(وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنهما منه وصدقها فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة)** لأنه التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة **(وإن كان الصبيّ في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من**

والأصل عدمه؛ ألا يرى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى. أقول: فيه بحث لأن كون مدعي النسب أبا أول المسألة فذكره هاهنا مؤدّ إلى المصادرة، وقوله لأن دعوته لا تحتمل النقض ليس بشيء، لأن دعوته إنما لا تحتمل النقض بعد أن كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو أول المسألة أيضاً. وقوله وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظراً لها كثرة فكانت أقوى من المانع كلام خال عن التحصيل هاهنا، لأن وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لهم لا شبهة فيه لأحد، لكن الكلام في أن ما يؤدي إلى الألف بالكفر المانع عن الإسلام مناف للمرحمة بهم وللنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت أقوى من المانع كما لا يخفى. ثم إن صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا في شرح قول المصنف ولا تعارض: أي بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز أن يكون عبداً لواحد وابناً لآخر انتهى. فكأنهما أخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال: ولو كان صبيّ في يد مسلم ونصراني فقال القصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حرّاً. ابن النصراني إذا ادعيا معاً ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى. والفرق أنهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالإسلام لأن القضاء بالنسب من المسلم قضاء بإسلامه، وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعويين: أي دعوى الرق ودعوى النسب، لأنه يجوز أن يكون عبداً لواحد وابناً لآخر حتى يثبت الترجيح بالإسلام انتهى. أقول: فيه نظر لأن الذي يدعيه النصراني في مسألتنا هو بنوّة الصبي له حرّاً لا مطلق بنوّته له، وأن الذي يحكم به له هو ثبوت نسب الصبيّ منه حراً كما صرح به في وضع المسألة لا ثبوت نسبه منه عبداً للآخر وإلا للزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معاً، بل لا يتصور النزاع بينهما رأساً، ولا شك أن بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضاً بيناً فلا يتم التقريب. ثم إن في تحرير المصنف مانعاً آخر عن الحمل على هذا المعنى وهو أن قوله لأن نظر الصبيّ في هذا أوفر الخ لا يصلح أن يكون دليلاً على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى، فكأن صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير، ألا يرى أن الترجيح بالإسلام واجب في النسب نظراً للصغير ونظر الصبيّ في هذا أوفر الخ. أما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئاً آخر فكأنه غافل بالكلية. وأما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال: فعلى هذا يكون قوله لأن نظر الصبيّ في هذا أوفر دليلاً على قوله فهو ابن النصراني لا دليلاً على نفي المعارضة، وقال: كذا سمعته من الإمام الأستاذ انتهى. لكن يرد عليه أن المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حرّ بقوله لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعارضاً ولا تعارض، فلو كان قوله لأن نظر الصبي الخ دليلاً على ذلك أيضاً لكان دليلاً ثانياً فكان حقه أن يذكر بالواو، اللهم إلا أن يحمل الثاني على تعليل المعلل فتأمل **(ولو كانت دعوتهما)** أي دعوة المسلم والكافر **(دعوة البنوّة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين)** أي للصبيّ. ونوقض هذا بغلام

ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلف بالدين مانع قوي؛ ألا ترى إلى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد، وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده. ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ يوجب دعوة الأولاد لآبائهم، ومدعي النسب أب لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان. وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظراً لها كثرة فكانت أقوى من المانع، وكفر الآباء جحود والأصل عدمه؛ ألا ترى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق، وبترك الحضانة لا يلزم رقّ فيقلع منها، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة. هذا، والله أعلم بالصواب. **(ولو كانت**

غيره فهو ابنهما) لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما، **ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق**

نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعويان مع أن بينة الغلام أولى ولم يترجح جانب الإسلام. وأجيب بأن البينتين وإن استويا في إثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث أنه يثبت حقاً لنفسه لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لأن الولد يعير بعدم الأب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد، وبينة من يثبت حقاً لنفسه أولى، وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام في الترجيح لا محالة. والجواب أنه تقوّى بقوله ﷺ «البينة على المدعي»[1] لأنه أشبه المدعيين لكونه يدعي حقاً لنفسه، كذا في العناية. أقول: ولقائل أن يقول: إن تقوّى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الإسلام بألف نص، منها قوله ﷺ «الإسلام يعلو ولا يعلى»[2] **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير **(وإذا ادعت امرأة صبياً أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة)** قال المصنف: اقتفاء أثر عامة المشايخ في تقييد هذه المسألة **(ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج)** وادعت أنه ابنها من هذا الزوج وأنكر الزوج ذلك **(لأنها تدعي تحميل النسب على الغير)** وهو الزوج **(فلا تصدّق إلا بحجة)** يعني أن المرأة تقصد إلزام النسب على الزوج والإلزام لا بد له من الحجة، وسبب لزوم النسب وإن كان قائماً وهو النكاح لكن الحاجة إلى إثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة، ولا تثبت الولادة وتعيين الولد إلا بحجة فلا بد لها من حجة، كذا في الكافي وغيره **(بخلاف الرجل)** أي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة أحد وإن أنكرت المرأة **(لأنه يحمل نفسه النسب)** وفي بعض النسخ: تحمل على نفسه النسب **(ثم شهادة القابلة كافية فيها)** أي في دعوى المرأة في المسألة المارّة **(لأن الحاجة إلى تعيين الولد)** بأنه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لأنه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء **(أما النسب فيثبت بالفراش القائم)** يعني أما النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال، فلا حاجة إلى إثباته حتى تلزم الحجة التامة **(وقد صح أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة)**[3]

دعوتهما دعوة البنوّة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين) ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في البنوّة ولم يترجح جانب

---

(١) تقدم في أول كتاب الدعوى.

(٢) حسن. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٥٢ والبيهقي ٦/ ٢٠٥ كلاهما من حديث عائذ بن عمرو المزني وفي إسناده عبد الله بن حشرج قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢١٣: قال الدارقطني: وعبد الله بن حشرج وأبوه مجهولان وقال ابن أبي حاتم: في كل منهما: لا يعرف وله شاهد من حديث عمر بن الخطاب، وهو حديث الضب وعجزه «... الحمد لله الذي هداك إلى هذا الدين الذي يعلو ولا يعلى...» أخرجه البيهقي في دلائل النبوة، والطبراني في الأوسط كما في نصب الراية ٣/ ٢١٣.

وفي إسناده محمد بن علي البصري. قال ابن حجر في اللسان ٥/ ٢٩٢: قال البيهقي الحمل فيه عليه، وروى عنه الإسماعيلي في معجمه، وقال: بصري منكر الحديث، ثم قال ابن حجر: صدق والله البيهقي فإنه خبر باطل. وورد من حديث معاذ رواه نهشل في «تاريخ واسط» ولفظه «الإيمان يعلو، ولا يعلى عليه» كما في نصب الراية ٣/ ٢١٣.

وفي إسناد عمران بن أبان، وهو أبو مسلم الطحان الواسطي قال ابن حجر في التقريب: ضعيف. وورد عن ابن عباس موقوفاً أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار ٢/ ١٥٠ وفي المعاني ٣/ ٢٥٧ وعلقه البخاري في كتاب الجنائز ٣/ ٢١٨. فالحديث حسن لشواهده.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٣٢ من طريقين عن حذيفة بن اليمان قال الدارقطني: محمد بن عبد الملك لم يسمع من الأعمش بينهما رجل مجهول، وهو أبو عبد الرحمن المدائني اهـ. وفي الإسناد الآخر محمد بن عبد الملك عن أبي عبد الرحمن عن الأعمش به قال في التنقيح: هو حديث باطل لا أصل له وأسند البيهقي في المعرفة إلى الشافعي مناظرة جرت بينه، وبين محمد بن الحسن مفادها أن محمد أخذ بقول عليّ في إجازة شهادة القابلة فأجابه الشافعي بقوله: إنما رواه عن عليّ رجل مجهول يقال له: عبد الله بن يحيى، والذي رواه عن ابن يحيى جابر الجعفي، وكان يؤمن بالرجعة.

قال البيهقي: رواه سويد بن عبد العزيز عن علي وسويد هذا ضعيف.

وقال إسحاق بن راهويه: لو صح حديث علي في القابلة لقلنا به ولكن في سنده خلل اهـ. نصب الراية ٤/ ٨١ فالحديث ضعيف لضعف طرقه.

صاحبه فلا يصدّق عليه، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه

فكانت حجة فيها **(ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة)** يعني هذا الذي ذكرناه فيما إذا كانت منكوحة، أما إذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت إلى حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج، وقالا: يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة **(وقد مرّ في الطلاق)** أي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق **(وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا: يثبت النسب منها بقولها)** أي من غير بينة أصلاً **(لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها)** وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة، هذ ما ذهب إليه عامة المشايخ واختاره المصنف. ومنهم من أجرى المسألة على إطلاقها وقال: لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لم تكن عملاً بإطلاق ما ذكر محمد، وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة. وجه الفرق أن الأصل أن كل من ادعى معنى لا يمكنه إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه إثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله إلا بالبينة. وبيان هذا أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق إلا ببينة لإمكان إثباته بالبينة، ولو علق طلاقها بحيضها والمسألة بحالها يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الإثبات بالبينة ففي ما نحن فيه يمكن للمرأة إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة، ولا كذلك الرجل لأنه لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق والإحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج إليها، كذا في الشروح. أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأن الرجل وإن لم يمكنه إثبات الإعلاق والإحبال إلا أنه يمكنه إثبات النسب، إذ قد تقرّر في كتاب الشهادة أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع عديدة: منها النسب، وليس من ضرورة ادّعاء الرجل ولداً أنه ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الإعلاق والإحبال منه البتة، وإلا لما تيسر إثبات دعوة البنوّة من الرجل أصلاً: أي ولو كان هناك منازع شرعي، إذ لا يمكنه إثبات الإعلاق والإحبال قطعاً، مع أن مسائل التنازع بين الرجلين في بنوّة ولد وإثباتها شرعاً أكثر من أن تحصى، فظهر أن المقصود من ادعاء الرجل بنوّة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الإعلاق والإحبال منه فلما أمكنه إثبات نسبه منه لزمه أيضاً إقامة البينة على الأصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب. وأما ثانياً فلأن الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجدي في مسألتنا، لأن كون المدعي مما يمكن للمدعي إثباته بالبينة إنما يقتضي احتياج المدعي إلى إقامة البينة إذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما في الصورة المذكورة للبيان وما ادعته المرأة في مسألتنا وإن كان مما يمكنها إثباته بالبينة كما بيّن إلا أنه مما لم ينكره أحد، لأن كلامنا فيما إذا لم يوجد من يكذبها بأن لم تكن منكوحة ولا معتدة، ولهذا قال المصنف في تعليل المسألة: لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها انتهى. فكيف يتصور القول باحتياجها إلى إقامة البينة فتدبر **(وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه)** أي ادعت أن الولد ابنها

الإسلام. وأجيب بأن البينتين وإن تساوتا في إثبات النسب بفراش النكاح، لكن ترجحت بينة الغلام من حيث إنه يثبت حقاً لنفسه لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين، لأن الولد يعبر بعدم الأب المعروف والوالدان لا يعبران بعدم الولد، وبينة من يثبت حقاً لنفسه أولى، وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام في الترجيح لا محالة. والجواب أنه تقوى بقوله ﷺ «البينة على المدعي» لأنه أشبه المدعيين لكونه يدعي حقاً لنفسه. قال: **(وإذا ادعت المرأة صبياً الخ)** إذا ادعت المرأة صبياً أنه ابنها فإما تكون ذات زوج أو معتدة أو لا منكوحة ولا معتدة، فإن كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة إلى حجة، وإن كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لأنها تدعي تحميل النسب على الغير

قوله: **(والفرق الخ)** أقول: يعني الفرق بين الرجل والمرأة.

يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقرّ له في نصيب المقرّ لأن المحل يحتمل الشركة، وها هنا لا يدخل لأن

من ذلك الزوج **(وصدقها)** أي وصدق **(الزوج)** إياها **(فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة)** أي وإن لم تشهد امرأة على الولادة: يعني لا حاجة هاهنا إلى شهادة القابلة **(لأنه)** أي الزوج **(التزم نسبه)** أي نسب الولد **(فأغنى ذلك عن الحجة)** لأن النسب يثبت بمجرد إقرار الزوج بلا دعوى المرأة إذ ليس فيه تحميل النسب على الغير، ومع دعوى المرأة أولى، وهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير **(وإن كان الصبي في أيديهما)** أي في أيدي الزوجين **(فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها)** أي زعم الزوج أن الصبيّ ابنه من امرأة أخرى له **(وزعمت أنه ابنها من غيره)** أي وزعمت المرأة أنه ابنها من زوج آخر كان لها **(فهو ابنهما)** أي كان الصبي ابنهما معاً هذا إذا كان الصبيّ لا يعبر عن نفسه وإن كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه، كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية إلى شرح الطحاوي، ثم إن هذه المسألة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير أيضاً. قال المصنف في تعليلها **(لأن الظاهر أن الولد منهما)** أي من الزوجين الذين كان الولد في أيديهما **(لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما)** أقول: فيه شيء، وهو أن قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد، وإنما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد: أي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة، ولهذا لم تجز دعوة امرأة ذات زوج صبياً أنه ابنها إذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفاً، ففي مسألتنا أيضاً ينبغي أن يكون كذلك فتأمل **(ثم كل واحد منهما)** أي من الزوجين **(يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه)** أي على صاحبه: يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه **(وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه)** حيث لا يصدق واحد منهما في إبطال حق صاحبه **(بل يكون الثوب بينهما)** فكذا هنا **(إلا أن هناك يدخل المقرّ له في نصيب المقر)** أي يصير ما حصل للمقرّ بينه وبين المقرّ له نصفان **(لأن المحل)** وهو الثوب **(يحتمل الشركة، وهنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها)** اعلم أن المناقضة في دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى، حتى أن الصبي إذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه، وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح، فإن قالت بعد ذلك: هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا إن المناقضة لا تبطل دعوى النسب، كذا ذكره الإمام التمرتاشي. وذكر في الإيضاح أن دعوى النسب إنما لا تبطل بالتناقض لأن التناقض إنما يكون بين المتساويين ولا مساواة، فإن دعوى النسب أقوى من النفي. وذكر فيه أيضاً: إذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج، لأن سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقاً للصبي فلا يقبل تصادقهما على إبطال النسب، وكذلك لو كانت المنكوحة أمة أو كان النكاح فاسداً لأن الفراش قد وجد، كذا في النهاية ومعراج الدراية. أقول: الذي نقل عن الإيضاح أولاً من

فلا تصدق إلا بالحجة، وشهادة القابلة لأن التعيين يحصل بها وهو المحتاج إليه إذ النسب يثبت بالفراش القائم، وقد صح «أن النبيّ ﷺ قبل شهادة القابلة على الولادة، وإن كانت معتدّة احتاجت إلى حجة كاملة عند أبي حنيفة إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج، وقالا: يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مرّ في الطلاق، وإن لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها، وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة. ومنهم من قال: لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لا. والفرق هو أن الأصل أن كل من يدعي أمراً لا يمكن إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة، وكل من يدعي أمراً يمكنه إثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه إلا بالبينة، والمرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة، والرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج إليها، والأول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما، **(ولو كان الصبيّ في أيديهما)** أراد صبياً لا يعبر عن نفسه، فأما إذا عبر عن نفسه فالقول له أيهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر. قال: **(ومن اشترى جارية فولدت ولداً الخ)** ختم باب دعوى النسب بمسألة ولد المغرور، والمغرور من وطىء امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة

النسب لا يحتملها. قال: **(ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم)** لأنه ولد المغرور فإن المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق، وولد المغرور حرّ بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولأن النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حرّ الأصل في حق أبيه رقيقاً

تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر منعاً ونقضاً فتأمل **(قال)** أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء **(ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده)** يعني ولدت ولداً من المشتري **(فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم)** وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أيّ سبب كان، وكذا إذا تزوّجها على أنها حرّة فولدت له ثم استحقت نص عليه الإمام الزيلعي في شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب **(لأنه ولد المغرور، فإن المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين)** بأيّ سبب كان مثل الشراء والهبة والصدقة والوصية، كذا في معراج الدراية وغيرها **(أو نكاح)** عطف على يمين. والمعنى أو معتمداً على ملك نكاح **(فتلد منه)** أي تلد المرأة ممن يطؤها **(ثم تستحق)** بأن يظهر بالبينة كونها أمة، هنا تم تفسير ولد المغرور **(وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي اللهعنهم)**[1] فإنه لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حرّ الأصل، ولا خلاف أيضاً بين السلف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه، فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: يفكّ الغلام بالغلام والجارية بالجارية: يعني إن كان الولد غلاماً فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية فعليه جارية مثلها. وقال علي ابن أبي طالب رضي الله تعالى عنه: عليه قيمة الولد، وإليه ذهب أصحابنا لأنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل. وتأويل حديث عمر رضي الله تعالى عنه: يفكّ الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية، كذا في العناية أقول: يرد على ظاهره أن اختلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رضي الله عنه بضمان مثله دون قيمته ينافي ما ذكره المصنف من أن ولد المغرور حرّ بالقيمة بإجماع الصحابة، فكيف يصلح ما ذكر في العناية لأن يكون شرحاً وبياناً لما ذكر المصنف؟ ويمكن الجواب عنه بأن يقال: إن اختلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر دون الحقيقة بناء على احتمال أن يكون المراد بحديث عمر رضي الله عنه: يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية. فحاصل الشرح والبيان هاهنا أن السلف وإن اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من أقوالهم إلا أن الخلاف مرتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر رضي الله عنه وتبيين مرامه على وفق ما يقتضيه النص

وولد المغرور حرّ بالقيمة بالإجماع فإنه لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمطار أن ولد المغرور حرّ الأصل. ولا خلاف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية: يعني إذا كان الولد غلاماً فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية فعليه جارية مثلها. وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: عليه قيمتها، وإليه ذهب أصحابنا، فإنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل، وتأويل الحديث: الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية، ولأن النظر من الجانبين واجب دفعاً للضرر عنهما فيجعل الولد حرّ

قوله: **(وتأويل الحديث)** أقول: أي على تقدير أنه حديث، والله أعلم.

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١١٠.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٧٩: لم أجده هكذا صريحاً اهـ. لكن أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع عن علي في رجل اشترى جارية، فولدت منه أولاداً، ثم أقام رجل البينة أنها له قال: ترد عليه، ويقوم عليه ولدها، فيغرم الذي باعها ما غررها.

وورد عن قتادة عن خلاس «أن أمة أتت طيئاً، فزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل، ثم إن سيدها ظهر عليها، فقضى عثمان أنها وأولادها لسيدها وجعل لزوجها ما أدرك من متاعه، وجعل فيهم السنة في كل رأس رأسين» اهـ.

وفي الموطأ ٢/ ٧٤١ «أن مالك بلغه أن عمر بن الخطاب، أو عثمان بن عفان قضى أحدهما في امرأة غرّت رجلاً بنفسها وذكرت أنها حرة فتزوجها، فولدت له أولاداً، فقضى أن يفدي ولده بمثلهم».

في حق مدعيه نظراً لهما، ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة، فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع (ولو مات الولد لا شيء على الأب) لانعدام المنع، وكذا لو ترك مالاً لأن الإرث ليس ببدل عنه والمال لأبيه لأنه حرّ الأصل في حقه فيرثه (ولو قتله الأب يغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا

الدالّ على أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل (ولأن النظر من الجانبين واجب) إذ المغرور بنى أمره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر، والأمة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر أيضاً فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الإمكان، وذا بأن يحيى حق المستحق في معنى المملوك ويحيى حق المغرور في صورته، كذا في الكافي (فيجعل الولد حرّ الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدّعيه نظراً لهما) ودفعاً للضرر عنهما (ثم الولد حاصل في يده) أي في يد المغرور (من غير صنعه) أي من غير تعدّ منه، كذا في العناية (فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة) فإنه أمانة في يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب إلا بالمنع (فلهذا) أي فلأن المغرور لا يضمن الولد إلا بالمنع (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع) وذكر في شرح الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضاء لأن الولد يعلق في حق المستولد حراً ويعلق في حق المستحق رقيقاً فلا يتحوّل حقه من العين إلى البدل إلا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك، كذ في النهاية ومعراج الدراية. ثم اعلم أن ولد المغرور إنما يكون حرّاً بالقيمة إذا كان المغرور حرّاً، أما إذا كان مكاتباً أو عبداً مأذوناً له في التزوج يكون ولده عبداً للمستحق خلافاً لمحمد، وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان (ولو مات الولد) يعني لو مات ولد المغرور قبل الخصومة (لا شيء على الأب) أي ليس على الأب شيء من قيمته (لانعدام المنع) إذ المنع إنما يتصوّر بعد الطلب، فإذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن، كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فإنه لا يضمن قيمته، كذا في الكافي (وكذا لو ترك مالاً) أي وكذا لو ترك ولد المغرور مالاً ميراثاً لأبيه فأخذه أبوه لا يجب على الأب للمستحق من قيمة الولد شيء، لأن المنع لم يتحقق، لا عن الولد لما مر ولا عن بدله (لأن الإرث ليس ببدل عنه) فلم يجعل سلامة الإرث كسلامة نفسه (والمال لأبيه، لأنه) أي الولد (حرّ الأصل في حقه) أي في حق أبيه كما مر (فيرثه) فإن قيل: الولد وإن كان حرّ الأصل في حق أبيه إلا أنه رقيق في حق مدعيه فينبغي أن يكون المال مشتركاً بينهم. قلنا: الولد علق حرّ الأصل في حق المدعي أيضاً، ولهذا لا يكون الولاء له. وإنما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها، كذا في الشروح والكافي. أقول: ينافي هذا الجواب ظاهر ما ذكر في شرح الطحاوي على ما نقلناه آنفاً فليتأمل في التوفيق أو الترجيح (ولو قتله الأب يغرم قيمته) أي يضمنها (لوجود المنع) بالقتل (وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته) أي فأخذ الأب ديته (لأن سلامة بدله له) أي لأن سلامة بدل الولد وهو ديته للأب (سلامته) أي كسلامة الولد نفسه (ومنع بدله كمنعه) أي ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيغرم قيمته كما إذا كان حياً) وأما إذا لم يأخذ الأب ديته من القاتل فلا يضمن شيئاً لأنه لم يمنع الولد أصلاً: أي لا حقيقة ولا حكماً، نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير. وذكر في المبسوط: فإن قضاء له بالدية

الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما ودفعاً للضرر عنهما قوله: (ثم الولد حاصل) بيان لسبب الضمان وهو المنع لأنه حاصل في يده من غير صنعه: يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة أمانة لا يضمن إلا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لأنه يوم المنع، وأنه لو مات الولد لا يضمن الأب قيمته لانعدام المنع، وأنه لو ترك مالاً لا يضمن أيضاً لأن المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لأن الإرث ليس ببدل عنه والمال لأبيه لأنه حرّ الأصل في حقه فيرثه. لا يقال: ينبغي أن يكون المال مشتركاً بينهما لأنه حرّ الأصل في حق أبيه رقيق في حق المدعي لأنه علق حرّ الأصل في حق المدعي أيضاً ولهذا لا يكون الولاء له، وإنما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها، وأنه لو قتله الأب ضمن قيمته لوجود المنع، وكذا لو قتله غيره وأخذ ديته لأن سلامة بدله له كسلامة نفسه، ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته

لو قتله غيره فأخذ ديته)، لأن سلامة بدله له كسلامته، ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما إذا كان حياً (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه، بخلاف العقر لأنه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع، والله أعلم بالصواب.

فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة. لأن المنع لم يتحقق فيما لم يصل إلى يده من البدل، فإن قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق، لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد، كذا في النهاية والكفاية (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) أي ويرجع الأب بما غرم من قيمة الولد على بائعه لأنه أي بائعه (ضمن له) أي للمشتري (سلامته) أي سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق، كذا في معراج الدراية، ويساعده تقرير صاحب النهاية. أقول: يرد على ظاهر هذا الشرح أنه لا شبهة في أن البائع ضامن للمشتري سلامة المبيع عن العيب، إلا أن المبيع في مسألتنا هي الأم دون الولد فلا يتم التقريب، فكأن كثيراً من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا في بيان قول المصنف لأنه ضمن له سلامته: يعني أن الولد جزء الأم والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه انتهى. أقول: ويرد على هذا الشرح أن البائع إنما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه الموجودة عند البيع لا بجزئه الذي يحدث بعد البيع، لأن مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح إدخال المعدوم في عقد البيع أصلاً فضلاً عن ضمان سلامته عن العيب، ولا شك أن الولد في مسألتنا ممن حدث بعد البيع. والحق عندي في هذا المقام أن يطرح حديث الجزئية من البيّن ويقال في بيان مراد المصنف من قوله المذكور إن البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذي هو الأم عن العيب، فإن كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب لنفس الجارية أيضاً لأن من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها حرّ الأصل من غير أن يستحقه أحد فكانت سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته (كما يرجع بثمنه) قال صاحب الكفاية: أي بالثمن الذي أدّاه المشتري إلى البائع فالضمير للمشتري. وقيل بثمن المشتري إذا استحق أو بثمن الولد لو تصور شراؤه واستحقه أحد انتهى. واختار صاحب العناية من بين هذه المعاني الثلاثة المعنى الوسطاني حيث قال: كما يرجع بثمنه: أي بثمن المبيع وهو الأم لأن الغرور شملها انتهى. وأقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذا هو المعنى الوجيه هاهنا، ولكن في تذكير الضمير هاهنا نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال في الوقاية وغيرها: ورجع بها كثمنها بتأنيث الضمير: أي ورجع بقيمة الولد كثمن الأم (بخلاف العقر) يعني أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه وأخذ منه المستحق (لأنه) أي لأن العقر (لزمه) أي لزم المغرور (لاستيفاء منافعها) أي لاستيفاء منافع الجارية المستحقة: أي منافع بضعها (فلا يرجع به على البائع) إذ لو رجع به سلم له المستوفى مجاناً، والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم للواطىء مجاناً، كذا في النهاية وغيرها.

كما لو كان حياً ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لأنه ضمن له سلامته لأنه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمنه: أي بثمن المبيع وهوالأم لأن الغرور شملها، بخلاف العقر فإنه يرجع به عليه لأنه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامناً لسلامته، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الإقرار

كتاب الإقرار

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب، وذلك لأن دعوى المدعي إذا توجهت إلى المدعى عليه فأمره لا يخلو إما أن يقرّ أو ينكر، وإنكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح، قال الله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾ وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار أو بالصلح فأمر صاحب المال لا يخلو إما أن يسترح منه أو لا، فإن استربح فلا يخلو إما أن يستربح بنفسه أو بغيره، وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله، وذكر هاهنا استرباحه بغيره وهو المضاربة، وإن لم يستربح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه أو بغيره، ولم يذكر حفظه بنفسه لأنه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة، كذا في الشروح. ثم إن محاسن الإقرار كثيرة: منها إسقاط واجب الناس عن ذمته، وقطع ألسنتهم عن مذمته. ومنها إيصال الحق إلى صاحبه وتبليغ المكسوب إلى كاسبه فكان فيه إنفاع صاحب الحق وإرضاء خالق الخلق، ومنها إحماد الناس المقرّ بصدق القول ووصفهم إياه بوفاء العهد وإنالة النول. ثم إن هاهنا احتياجاً إلى بيان الإقرار لغة وشريعة، وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة. أما الإقرار لغة فهو إفعال من قرّ الشيء إذا ثبت، فالإقرار إثبات لما كان متزلزلاً بين الإقرار والجحود، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وأما شريعة فهو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه كذا في الكافي وعامة المتون والشروح. وقال في العناية الإقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن إثبات ما كان متزلزلاً. وفي الشريعة: عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق انتهى. أقول: لقد أصاب صاحب العناية في بيان معنى الإقرار لغة ولم يصب في بيان معناه شريعة. أما الأول فلأن أخذ الإقرار في تعريف معنى الإقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤدّياً إلى المصادرة مما يختل به المعنى، إذ لا معنى لكون إثبات ما كان متزلزلاً بين الشيئين المخصوصين هو أحد ذينك الشيئين كما لا يخفى. وأيضاً الظاهر أن الإقرار في اللغة ليس بمخصوص بإثبات ما تزلزل بين الشيئين المخصوصين، بل هو عام لإثبات كل ما تزلزل بين الشيئين كما يدل عليه مأخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقاً. وأما الثاني: فلأن الإخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوة والشهادة أيضاً، وإنما يمتاز الإقرار الشرعي عنهما

كتاب الإقرار

قال في النهاية: ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب، وذلك لأن دعوى المدعي إذا توجه على المدعى عليه فأمره لا يخلو، إما أن يقرّ أو ينكر، وإنكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح، قال الله تعالى ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾ وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار

كتاب الإقرار

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله الذي أقر بوحدانيته كل مخلوق بلسان حاله وقاله، والصلاة على سيدنا محمد الذي ادعى النبوة وشهدت النصوص بعلو شأنه وصدق مقاله، وعلى آله وأولاده وأصحابه الآخذين بتعظيم دقائق الشرع وجلائله المجتهدين في تفهم بدائع معانيه المستنبطة من النصوص ببيان دلائله (وبعد) فإن الأستاذ المرحوم حرر رسالة متعلقة بمسألة مذكورة في المبسوط: وهي رجل قال لآخر لي عليك اثنا عشر ألف درهم الخ ودقق في تصحيحها وحقق في توضيحها بالقول الفصل والكلام الجزل، وذيل ببعض المسائل المهمة المتفرقة المنقولة عن الكتب المعتبرة المتعلقة بمسائل الإقرار، ولكن لم نظفر بتلك الرسالة الشريفة في الزمان السابق، فلما انتهينا إلى هذا المقام وجدنا هذه الرسالة. بين الأوراق بالتمام، فحررناها تبركاً وتيمناً في أول ذلك الكتاب، ولم نغير ما اختاره من الترتيب المستطاب، وهذا نص عبارة الأستاذ بلا انتقاص ولا ازدياد.

بسم الله الرحمن الرحيم

سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم، نسألك أن تصلي وتسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه أفضل صلاة وأكمل تسليم، وترشدنا إلى سبيل السداد والصواب، وتهدينا إلى الصراط المستقيم.

. . . .

بقيد للغير عن نفسه فإن الدعوى إخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير، والشهادة إخبار عن ثبوت الحق للغير عن الغير، فإذا زيد في تعريف الإقرار الشرعي قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء يخرج عند الدعوى والشهادة. وأما إذا أطلق وقيل هو عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم أقول: في تعريف العامة أيضاً شيء، أما أولاً فلأنه قد تقرر في كتب الأصول أن التصرفات إما إثباتات كالبيع والإجارة والهبة ونحوها، وإما إسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها. ولا يخفى أن الإخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الإقرار بقسم الإسقاطات مطلقاً فيلزم أن لا يكون تعريفهم المذكور جامعاً. وأما ثانياً: فلأن إقرار المكره لآخر بشيء من الحقوق غير صحيح شرعاً على ما صرحوا به، مع أنه يصدق عليه أنه إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم أن لا يكون تعريفهم المزبور مانعاً. ويمكن أن يجاب عن الثاني بأن كون إقرار المكره غير صحيح شرعاً، إنما يقتضي أن لا يكون صحيحاً شرعاً لا أن لا يكون إقراراً مطلقاً في الشرع، فيجوز أن يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الإقرار في الشرع سواء كان صحيحاً أو فاسداً، وعن هذا ترى التعريفات الشرعية لكثير من العقود كالبيع والإجارة ونحوهما يتناول الصحيح منه والفاسد، حتى أن كثيراً منهم تركوا قيد التراضي في تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به في موضعه. وأما سبب الإقرار فإرادة إسقاط الواجب عن ذمته بإخباره وإعلامه لئلا يبقى في تبعة الواجب. وأما شرطه فسيأتي في الكتاب. وأما ركنه فالألفاظ المذكورة فيما يجب به موجباً الإقرار. وأما حكمه فظهور ما أقرّ به لا ثبوته ابتداء؛ ألا يرى أنه لا يصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه، والإنشاء يصح مع الإكراه عندنا، ولهذا قالوا: لو أقرّ لغيره بمال والمقرّ له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكاً مبتدأ على سبيل الهبة، والملك يثبت للمقرّ له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل بردّه، والمقرّ له إذا صدقه ثم رده لا يصح رده، كذا في الكافي وغيره. وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه: وحكمه لزوم ما أقرّ به على المقرّ، وعمله إظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء. ويدل عليه مسائل: إحداها أن

أو بالصلح فأمر صاحب المال بماله لا يخلو إما أن يستربح منه أو لا، فإن استربح منه فلا يخلو إما أن يستربح بنفسه أو بغيره، وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هنالك بما قبله، وذكر هاهنا استرباحه بغيره وهو

رجل قال لآخر لي عليك اثنا عشر ألف درهم، فأنكر وقال كان ديني لك خمسة آلاف درهم وقد دفعتها إليك وأديتها لك، فقال: تلك الخمسة آلاف التي أديتها هل هي من تلك الاثني عشر ألفاً؟ فقال نعم هي منها، فهذا إقرار بالاثني عشر ألفاً لظهور أن إشارة المدعي في الاستفهام إلى الاثني عشر ألفاً الذي كان موصوفاً بالوجوب في ذمة المدعى عليه، وإلا لكان كلامه لغوا محضاً لا فائدة فيه، وكلام العاقل لا يحمل على اللغو إلا إذا تعذر حمله على الصحة كذا في المبسوط في باب ما يكون إقراراً، فسواء أجاب المدعى عليه بقوله نعم هي منها بإثبات لفظ نعم على ما في بعض صور الاستفتاء، أو بقوله هي منها بدون لفظ نعم يكون ما تقدم من كلام المدعي كالمعاد فيه فكأنه قال نعم هي من تلك الاثنا عشر ألفاً الذي كان لك علي، فلو صرح بهذا لكان إقراراً فكذا هذا. قال الإمام شمس الأئمة السرخسي في المبسوط: رجل قال لآخر اقض الألف التي لي عليك فقال نعم فقد أقر بها، لأن قوله نعم لا يستقل بنفسه وقد أخرج مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه، فكأنه قال نعم أعطيك الألف الذي لك علي. ثم قال: وعلى هذا الأصل يبتني بعض مسائل الباب، وبعض المسائل مبنية على أنه متى ذكر في معرض الجواب كلام يستقل بنفسه ويكون مفهوم المعنى يجعل مبتدأ فيه لا مجيباً إلا أن يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذ لا بد من أن يحمل على الجواب، إلى هنا عبارته. وقال الشيخ قوام الدين الإتقاني في غاية البيان: الأصل هنا أن ما لا يصلح للابتداء من الكلام ويصلح للبناء فإنه يجعل مربوطاً لما تقدم ذكره ويعتبر به حتى يفيد ولا يلغو لأنه لا يلغي من كلام العاقل ما أمكن، وإذا كان يصلح للابتداء ويصلح للبناء فإنه يجعل للابتداء ولا يجعل مربوطاً بما تقدم ولا يعتبر به حتى لا يلزمه المال بالشك. وفي الكافي للعلامة النسفي: لو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلني أو قضيتكه فهو إقرار، لأن الكناية تنصرف إلى الألف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكأنه قال: انتقد أو اتزن أو أجل أو قضيت

قال: (وإذا أقرّ الحر البالغ العاقل بحق لزمه إقراره مجهولاً كان ما أقرّ به أو معلوماً) اعلم أن الإقرار إخبار عن

الرجل إذا أقرّ بعين لا يملكه يصح إقراره حتى لو ملكه المقرّ يوماً من الدهر يؤمر بتسليمه إلى المقر له، ولو كان الإقرار تمليكاً مبتدأ لما صح ذلك لأنه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له. والثانية: أن الإقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم إليه، ولو كان تمليكاً مبتدأ لم يصح. والثالثة: أن المريض الذي لا دين عليه إذا أقرّ بجميع ماله لأجنبيّ صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة، ولو كان تمليكاً مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم. والرابعة: أن العبد المأذون إذا أقرّ لرجل بعين في يده صح إقراره، ولو كان الإقرار سبباً للملك ابتداء كان تبرّعاً من العبد وهو لا يجوز في الكثير. وأما دليل كونه حجة على المقرّ فالكتاب والسنة وإجماع الأمة ونوع من المعقول. أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً﴾ [البقرة: ٢٨٢] بيانه أن الله تعالى أمر بإملاء من عليه الحق، فلو لم يلزمه بالإملاء شيء لما أمر به والإملاء لا يتحقق إلا بالإقرار، وأيضاً نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما أقرّ به كما في نهي الشهود عن كتمان الشهادة. وقوله تعالى: ﴿قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا﴾ [آل عمران: ٨١] بيانه أنه طلب منهم الإقرار، ولو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه. وقوله تعالى: ﴿كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾ [النساء: ١٣٥] قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه إقرار. وقوله تعالى: ﴿بل الإنسان على نفسه بصيرة﴾ [القيامة: ١٤] قال ابن عباس رضي الله عنهما: أي شاهد بالحق» وأما السنة فما روى «أن النبي ﷺ رجم ماعزاً بإقراره بالزنا والغامدية باعترافها، وقال في قصة العسيف: واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[1] فأثبت الحد بالاعتراف. والحديثان مشهوران في كتب الحديث، فلو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه وأثبت الحد به وإذا كان حجة فيما يندرىء بالشبهات فلأن يكون حجة في غيره أولى وأما الإجماع فإن المسلمين أجمعوا على كون الإقرار حجة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير. وأما المعقول فلأن الخبر كان متردداً بين الصدق والكذب في الأصل، لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي إلى الصدق والصارف عن المكذب، لأن عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب، ونفسه الأمّارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق الغير، أما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعي إلى الصدق زواجر عن الكذب، فكان الصدق ظاهراً فيما أقرّ به على نفسه فوجب قبوله والعمل به. **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وإذا أقرّ الحرّ البالغ العاقل بحق لزمه)** أي لزم المقرّ **(إقراره)** أي موجب إقراره أو ما أقرّ به. أقول: يرد عليه النقض بما إذا أقرّ الحر البالغ العاقل بحق مكرهاً فإنه لا يلزمه إقراره، فكان لا بد من ذكر الطائع أيضاً. لا يقال: تركه اعتماداً على ظهور كون الطوع والرضا من شروط صحة الإقرار. لأنا نقول: ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الأحكام كلها ولم يتركهما **(مجهولاً كان ما أقرّ به أو**

المضاربة، وإن لم يستربح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه أو بغيره، ولم يذكر حفظه بنفسه لأنه لم يتعلق به حكم في

الألف الواجب لك علي. وفي شرح الكنز للشيخ المحقق الزيلعي: الأصل فيه أن الجواب ينتظم إعادة الخطاب ليفيد الكلام، فكل ما يصلح جواباً ولا يصلح ابتداء يجعل جواباً، وما يصلح للابتداء أو يصلح لهما فإنه يجعل ابتداء لوقوع الشك في كونه جواباً لئلا يلزم المال بالشك، فإن ذكر الهاء في الكتابة يصلح جواباً لا ابتداء، وإذا لم يذكر الهاء لا يصلح جواباً فلا يكون إقراراً بالشك. هذا إذا كان الجواب مستقلاً، وإذا كان غير مستقل كقوله نعم يكون إقرار مطلقاً لأنه غير مستقل، وقد أخرجه جواباً وهو غير صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه. وذكر الإمام فخر الدين الشهير بقاضيخان: فالكلام إذا خرج على وجه الكناية عن المال الذي ادعاه المدّعي يكون إقراراً إلى غير ذلك مما ذكر في الكتب المعتبرة والزبر المطولة والمختصرة، ثم إذا كان هذا الكلام إقراراً لا يغيره الإنكار سابقاً كان أو لاحقاً بناء على إطلاق الكتب وهي تكفي دليلاً لنا في أمثال ذلك، ومن ادعى التقييد بعدم سبق الإفكار فعليه البيان والإظهار. ومما

---

(١) تقدم في كتاب الحدود.

ثبوت الحق، وأنه ملزم لوقوعه دلالة؛ ألا ترى كيف ألزم رسول الله ﷺ ماعزاً رضي الله عنه الرجم بإقراره، وتلك

معلوماً) هذا أيضاً لفظ القدوري: يعني لا فرق في صحة الإقرار ولزومه بين أن يكون ما أقرّ به معلوماً أو مجهولاً كما سيأتي تفصيله. قال المصنف: (اعلم أنّ الإقرار إخبار عن ثبوت الحق) أراد بهذا التنبيه على أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا إنشاء الحق ابتداء لئلا يرد الإشكال بصحة الإقرار بخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الإقرار إخباراً عما ثبت فيما مضى لا إنشاء في الحال كما بيناها فيما مرّ، ولم يرد بذلك تعريف الإقرار حتى يرد عليه أنه يتناول الدعوى والشهادة أيضاً فلم يكن مانعاً عن دخول الأغيار كما زعمه بعض الشراح (وأنه ملزم) أي وأن الإقرار ملزم على المقرّ ما أقرّ (به لوقوعه) أي لوقوع الإقرار (دلالة) أي دليلاً على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة وإجماع الأمة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر. وقد أشار المصنف رحمه الله إلى بعض منها بقوله (ألا ترى كيف ألزم رسول الله ﷺ ماعزا الرجم بإقراره)[1] أي بإقراره بالزنا (وتلك المرأة) أي وكيف ألزم تلك المرأة وهي الغامدية الرجم (باعترافها)[2] أي باعترافها بالزنا أيضا، فإذا كان ملزماً فيما

المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة. قال: (وإذا أقرّ الحر البالغ العاقل) الإقرار مشتقاً من القرار فكان في اللغة عبارة عن

يجري مجرى الشاهد لما ذكرنا من أن ذلك إقرار ما ذكر في أكثر كتب الفتاوى، وهو لو قال «مرا آدين جمله پنج درم داده نيست» يكون إقراراً بجميع ما ادعى لأن الجملة إشارة إلى ما ادعى من حقه عليه فإنه في غاية القرب من تلك المسئلة المتنازع فيها. فإن قيل: قد ذكر فيها أيضاً أنه لو قال «بينج درم داده نيست ازاتجه دعوى ميكني» لا يكون إقراراً فما الفرق بينهما حتى تكون إحداهما إقراراً دون الأخرى. وفي الخانية: رجل ادعى على رجل ألفاً فقال المدعى عليه أعطيتك دعواك لم يكن إقراراً، وكذا لو قال المدعى عليه أخر عني دعواك شهراً، أو قال أخر الذي ادعيت لم يكن إقراراً، ولو قال أخر عني دعواك حتى يقدم مالي فأعطيكها يكون إقراراً، ولو قال حتى يقدم مالي فأعطيك دعواك فليس بإقرار انتهى. قلنا: الفرق بين جلي، فإن اسم الإشارة في الأولى كناية عن المال الموصوف بالوجوب على الخصم في الواقع، وفي الثانية إلى المال الواجب في زعم المدعي كأنه قال من ذلك المال الذي تزعم وتدعي وجوبه علي. وتوضيحه أن قول المدعي لي عليك عشرة دراهم مدلوله وجوب عشرة دراهم في ذمة المدعى عليه وذلك الوجوب موصوف بكونه في زعم المدعي وادعائه، فإذا أشير إلى المدلول نفسه يكون الكلام الأول كالمعاد، ويتضمن الجواب الاعتراف بالوجوب فيكون إقراراً، وإذا أشير إليه موصوفاً بكونه في زعم المدعي لم يوجد الاعتراف فلا يكون إقراراً. فإن قيل: ذكر في الخانية قال لآخر لي عليك ألف درهم فقال لا أعطيكها لا يكون إقراراً. وفي التاتار خانية والبزازية: إذا قال لغيره لي عليك ألف درهم فقال أما خمسمائة منها فلا، أو قال أما خمسمائة منها فلا أعرفها فقد أقر بخمسمائة مع أن الضمير كناية عن المال الموصوف بالوجوب في الذمة فانتقض ما ذكرتم، قلنا: لا نسلم الانتقاض، فإن في صورة النفي يحتمل توجه النفي إلى جميع ما سبق ذكره كما في قوله تعالى: ﴿لا يسألون الناس إلحافاً﴾ وقول الشاعر:

* على لا حب لا يهتدي بمناره *

قال الإمام شمس الأئمة السرخسي في المبسوط في مسألة ما لو قال أسرج دابتي هذه أو ألجم بغلي هذا أو أعط سرج بغلي هذا أو لجام بغلي هذا فقال لا حيث لا يكون إقراراً في عامة الروايات، إذ لا جواب هو نفي فيكون موجبه ضد موجب جواب هو إثبات وهو قوله نعم، فإذا جعل ذلك إقراراً عرفنا أن هذا لا يكون إقراراً، وهذا لأنه نفى جميع ما سبق ذكره فكأنه قال لا أعطيك وليس البغل والسرج واللجام لك لأن هذا اللفظ صالح لنفي جميع ذلك انتهى، مع أن قوله لا أعطيكها إقرار في بعض الروايات. وقد استدل بعض أعاظم العلماء على كون الجواب المذكور إقراراً بأنه إذا قال هي منه لزمه القول والاعتراف بأنه قضى خمسة آلاف فهذا إقرار بالمدعي كما في قوله قضيتك بعضها منها أو أخذت شيئاً منها. أقول: فيه تأمل، فإنه إذا قال أما خمسمائة منها فلا لزمه القول بأن خمسمائة منها فنعم مع أنه ليس إقرار بالألف، ويجوز أن يجاب بأن لزوم تقييد الإثبات بقوله منها غير مسلم بل اللازم أما خمسمائة فنعم فليتدبر.

(تذنيب) قال في المحيط في أول باب الإقرار بالبراءة وغيرها: قال هو بريء من مال عليه يتناول الديون لأن كلمة علي لا تستعمل إلا في الديون فلا يدخل تحتها الأمانات. ولو قال من مالي عنده يتناول الأمانات دون المضمونات لأن كلمة عند تستعمل في الأمانات دون المضمونات؛ ألا يرى لو قال لفلان عندي ألف درهم كان إقراراً بالأمانة والبراءة عن الأعيان بالإسقاط والإبراء باطلة، حتى لو قال أبرأتك عن هذه العين لا تصح لأن العين لا تقبل الإسقاط، فأما ثبوت البراءة عن الأعيان بالنفي من الأصل أو برد العين إلى صاحبه

(١) تقدم في كتاب الحدود.
(٢) تقدم في كتاب الحدود.

المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه. وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحرّ في حق الإقرار، لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود

يندرىء بالشبهات فلأن يكون ملزماً في غيره أولى كذا قالوا. أقول: يرد على ظاهره منع إطلاق هذه الأولوية فإن العبد المحجور عليه يصح إقراره بالحدود والقصاص ولا يصح إقراره بالمال على ما ذكره المصنف فيما سيأتي فكان ملزماً في حقه ما يندرىء بالشبهات دون غيره فتأمل في الدفع **(وهو)** أي الإقرار **(حجة قاصرة)** أي قاصرة على نفس المقرّ غير متعدية إلى الغير **(لقصور ولاية المقرّ عن غيره فيقتصر عليه)** أي على المقرّ نفسه، حتى لو أقرّ مجهول الأصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه، لأنه قد ثبت حق الحرية أو استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم، بخلاف البينة فإنها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فتتعدى إلى الكل، أما الإقرار فلا يفتقر إلى القضاء فينفذ في حق المقرّ وحده، كذا في الكافي وغيره. واعلم أن هذا لا ينافي ما ذكروا أن الإقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه، لأن القو والضعف وراء التعدية والاقتصار، فاتصاف الإقرار بالاقتصار على نفس المقرّ والشهادة بالتعدية إلى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة، واتصافها بالضعف بالنسبة إليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها **(وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً)** أي في المال وغيره **(فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحرّ في حق الإقرار)** حتى إذا أقرّ بدين لرجل أو بوديعة أو عارية أو غصب يصح **(لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص)** قال صاحب العناية: وكأنّ هذا اعتذار عن

إثبات ما كان متزلزلاً. وفي الشريعة عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق، وشروطه ستذكر في أثناء الكلام، وحكمه أنه ملزم على المقرّ ما أقر به لوقوعه دلالة على المخبر به، فإن المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذباً، وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله ﷺ الإقرار والإلزام به في باب الحدود «فإنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً بإقراره والغامدية باعترافها» فإنه إذا كان ملزماً فيما يندرىء بالشبهات فلأن يكون ملزماً في غيره أولى، وهو حجة قاصرة، أما حجيته فلما تبين أنه ملزم وغير الحجة غير ملزم، وأما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه أن الإقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملاً،

صحيح حتى لو قال لا ملك لي في هذه العين ثم ادعى أنها له لم تصح دعواه. وقوله هو بريء من مالي عنده إخبار عن ثبوت البراءة وليس بإنشاء للإبراء فيحمل على سبب يتصور البراءة بذلك وهو النفي من الأصل أو الرد إلى صاحبه تصحيحاً لتصرفه. وقال في المحيط في هذا الباب: لو قال كل من لي عليه دين فهو بريء منه لا يبرأ غرماؤه من دونه إلا أن يقصد رجلاً بعينه فيقول هذا بريء من مالي عليه أو قبيلة فلان وهم حضور، وكذلك لو قال استوفيت جميع مالي على الناس من الديون لا يصح لما عرف عن كتاب الهبة في باب هبة الابن. وقال في المحيط في باب الإقرار بالعتق والكتابة والتدبير: أقر أنه أعتق عبده أمس وهو كاذب يعتق قضاء لا ديانة، لأن الظاهر أن العاقل صادق في إقراره وإخباره باعتبار عقله ودينه، فإذا ادعى الكذب فيه فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي لأنه مطلع على الظاهر لا على الضمير، ويصدق ديانة لأن الله تعالى مطلع على ضميره. ولو أقر أنه أعتق عبده هذا، لا بل هذا عتق لأن كلمة لا بل للرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقامه، وإقامة الثاني مقام الأول صحيح والرجوع عن الأول لا يصح كما في الطلاق. تمت الرسالة.

قال المصنف: **(وإذا أقر الحر البالغ العاقل الخ)** أقول: قال الزيلعي: كون المقر حراً ليس بشرط حتى يصح إقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص، وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ فيه في الحال لأنه إقرار على الغير وهو المولى، ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما إذا أقر الحر لإنسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال، وإذا ملكها يؤمر بتسليمها إلى المقر له لزوال المانع انتهى. ولا يخالف هذا ما ذكره المصنف لأن المصنف جعل الحرية شرطاً للزوم موجب إقراره في الحال على ما هو المفهوم من قوله لزمه إقراره لا لصحة الإقرار فليتأمل، فإن ظاهر قوله ليصح إقراره مطلقاً. وقوله لا يصح إقراره بالمال ينبو عما ذكرنا، وباب التأويل مفتوح.

قوله: **(وفي الشريعة عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق الخ)** أقول: لعله ينتقض بالإقرار بأنه لا حق له على فلان وبالإبراء وبإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة، إلا أن يقال: المعرف هو الإقرار في الأموال كما يدل عليه ما ذكر في الدليل المعقول. ووجه التقديم وفيه تأمل. قال الإمام العلامة الكاكي في شرح قولهم عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق: أي الحق المعين على نفسه انتهى. وفي عبارة

والقصاص لأن إقراره عهد موجباً لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه، بخلاف المأذون لأنه مسلط

قوله إذا أقرّ الحر، ولعله لا يحتاج إليه لأنه قال: إذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح، وأما أن غير الحرّ إذا أقرّ لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شيء اهـ. أقول: ليس ما ذكره بصحيح، إذ قد صرحوا في مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بأن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف، حتى أن الشارح المذكور قال في أواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلاة: فإن قيل: التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا: ذلك في النصوص دون الروايات انتهى. فكيف يصح قوله هاهنا، وأما أن غير الحرّ إذا أقرّ لزم أو لم يلزم فساكت عنه، ولو سلم أن لزوم إقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لا يقصد نفي لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شيء، إذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج إلى الاعتذار عن ذكره. وقال صاحب العناية: ويصح أن يقال: ليس بمعذرة، وإنما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الإقرار بالمال دون المأذون له انتهى. أقول: ليس هذا أيضاً بصحيح، أما أوّلاً فلأنه لا يشك العاقل الناظر إلى قول المصنف وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً الخ في أن مراده هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لا بيان التفرقة بين العبيد. وأما ثانياً: فلأنه لو كان قول المصنف هذا لبيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع، إذ لا مدخل له في الفرق بينهم بل هو مخلّ به لأنهم متحدون في صحة أقاريرهم بالحدود والقصاص، فالمحمل الصحيح لكلام المصنف هاهنا على فرض أن لا يكون المقصود منه المعذرة إنما هو بيان الفرق بين القيود الثلاثة الواقعة في كلام القدوري بأن قيد الحرية شرط صحة الإقرار مطلقاً لا شرط صحة مطلق الإقرار، بخلاف القيدين الآخرين: أعني البلوغ والعقل تأمل تقف. ثم أقول: بقي بحث في كلام المصنف، أما أولاً فلأن كون العبد المأذون ملحقاً بالحر في حق الإقرار كما يدل عليه قوله فإن العبد المأذون وإن كان ملحقاً بالحرّ في حق الإقرار غير مسلم، فإنهم صرحوا بأن العبد المأذون لا يصح إقراره بالمهر والكفالة وقتل الخطأ وقطع يد رجل عمداً أو خطأ لأنها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير، ولا شك في صحة إقرار الحرّ بتلك الأمور فكان العبد المأذون ممن لا يصح إقراره مطلقاً بخلاف الحرّ، اللهم إلا أن يحمل قوله فإن العبد المأذون وإن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار على الفرض والمبالغة. وأما ثانياً: فلأن إقرار العبد المحجور عليه بالمال نافذ في حق نفسه، ويلزمه المال بعد الحرية وإن لم يلزمه في الحال كما صرح به في كتاب الحجر، فما معنى نفي صحة إقراره بالمال هاهنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال. لا يقال: مراده هاهنا أن إقراره بالمال لا يصح

والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقرّ به على نفسه والتهمة باقية في الإقرار على غيره فبقي على التردد النافي لصلاحية الحجية وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحرّ في حق الإقرار ولكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص، وكان هذا اعتذر عن قوله إذا أقر الحر ولعله لا يحتاج إليه لأنه قال: إذا أقرّ الحر بحق لزمه وهذا صحيح، وأما أن غير الحر إذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت

التعين تأمل، إلا أنه لا بد من قيد على نفسه ليمتاز عن الدعوى والشهادة. وقال الكاكي: وسببه إرادة إسقاط الواجب عن ذمته انتهى. وقال في النهاية وركنه الألفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الإقرار على المقر انتهى قوله: **(لوقوعه دلالة)** أقول: فيه نوع مصادرة، ويندفع بالتحقيق الذي نذكره بعد أسطر قوله: **(على المخبر به)** أقول: كوجوب المال إذا قال له علي كذا قوله: **(أما حجيته فلما تبين أنه ملزم)** أقول: دليل من الشكل الثاني.

قوله: **(ولعله، إلى قوله: فلا يرد عليه شيء)** أقول: أنت خبير بأنهم صرحوا ومنهم صدر الشريعة في باب المهر بأن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف، فقوله ساكت عنه غير مسلم، ولو سلم فالسكوت في هذا المقام يحتاج إلى المعذرة قوله: **(ويصح أن يقال ليس بمعذرة)** أقول: كونه معذرة هو الظاهر الجلي قوله: **(وإنما هو لبيان التفرقة بين العبيد)** أقول: التفرقة الأولى ليست بين العبيد بل بين إقراري العبد المحجور، ولعل قوله بين العبيد من قبيل التغليب قوله: **(وحجر المحجور)** أقول: عطف على صحة.

عليه من جهته، وبخلاف الحد والدم لأنه مبقي على أصل الحرية في ذلك، حتى لا يصح إقرار المولى على العبد

في الحال لا أنه لا يصح مطلقاً فيوافق ما ذكره في كتاب الحجر. لأنا نقول: لا شك أن مقصوده هاهنا توجيه اشتراط الحرية في مسألة الكتاب، والمذكور في جواب هذه المسألة لزوم الإقرار مطلقاً: أي بلا تقييد بالحال فلا يتم التقريب، وأيضاً عدم اللزوم في الحال يوجد في الحر أيضاً كما إذا أقرّ بالديون المؤجلة، وكما إذا أقرّ لإنسان بعين مملوكة للغير فإنه لا يلزمه في الحال، وإذا ملكها يوماً يلزمه ويؤمر بتسليمها إلى المقرّ له، على أن الذي ذكره المصنف هاهنا عدم صحة إقرار العبد المحجور عليه بالمال لا عدم لزومه، ولا يلزم من عدم لزوم إقراره بالمال في الحال كما ذكره في كتاب الحجر عدم صحة إقراره به في الحال فلا يتم التوفيق، اللهم إلا أن تحمل الصحة هاهنا على اللزوم. قال في البدائع: وأما الحرية فليست بشرط لصحة الإقرار، فيصح إقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون، وكذا بالحدود والقصاص، وكذا العبد المحجور يصح إقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين، بخلاف المأذون، إلا أنه يصح إقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لأنه من أهل الإقرار لوجود العقل والبلوغ إلا أنه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه، فإذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به، وكذا يصح إقراره بالحدّ والقصاص فيؤاخذ به للحال، لأن نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى، ولهذا لو أقرّ المولى عليه بالحدّ والقصاص لا يصح انتهى. وقال في التبيين: وكون المقرّ حراً ليس بشرط حتى يصح إقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص، وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لأنه إقرار على الغير وهو المولى، ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع، وهو نظير ما لو أقرّ الحرّ لإنسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال، وأما إذا ملكها يوماً يؤمر بتسليمها إلى المقرّ له لزوال المانع انتهى. قال المصنف في تعليل مجموع ما ذكره هاهنا **(لأن إقراره)** أي إقرار العبد المحجور عليه **(عهد)** أي عرف **(موجباً لتعلق الدين برقبته)** لأن ذمته ضعفت بالرقّ فانضمت إليها مالية الرقبة، كذا في الكافي وغيره **(وهي)** أي رقبة العبد المحجور عليه **(مال المولى فلا يصدق عليه)** أي على المولى لقصور الحجة **(بخلاف المأذون لأنه)** أي المأذون **(مسلط عليه)** أي على الإقرار **(من جهته)** أي من جهة المولى لأن الإذن له بالتجارة إذن له بما لا بد منه للتجارة وهو الإقرار، إذ لو لم يصح إقراره انحسم عليه باب التجارة، فإن الناس لا يبايعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح، إذ لا يتهيأ لهم الاستشهاد في كل تجارة يعملونها معه، كذا في مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة **(وبخلاف الحدّ والدم)** أي القصاص **(لأنه)** أي لأن العبد **(مبقي على أصل الحرية في ذلك)** أي في الحد والدم بتأويل المذكور، أو لجواز استعمال ذلك في المثنى أيضاً كما قالوا في قوله تعالى: ﴿عوان بين ذلك﴾ [البقرة: ٦٨] **(حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه)** أي فيما ذكر من الحد والقصاص لأن وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفاً وكونه مكلفاً من خواص

عنه فلا يرد عليه شيء، ويصح أن يقال: ليس بمعذرة وإنما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة أقاريرهم بالقصاص والحدود وحجر المحجور عن الإقرار بالمال دون المأذون له. وقوله: **(لأن إقراره الخ)** دليل ذلك المجموع، والضمير في إقراره للمحجور عليه: أي إقرار المحجور عليه عهد موجباً تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة، بخلاف المأذون له لأنه مسلط على الإقرار من جهة المولى، لأن الإذن بالتجارة إذن بما يلزمها وهو دين التجارة لأن الناس لا

قوله: **(وهي مال المولى)** أقول: قوله وهي راجع إلى الرقبة قال المصنف: **(بخلاف المأذون)** أقول: فيما هو من باب التجارة، وأما فيما ليس كذلك من المال فيتأخر كإقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير إذن مولاه، وكذا إذا أقر بجناية موجبة للمال قوله: **(بما يلزمها وهو الخ)** أقول: قوله هو راجع إلى الموصول قوله: **(لأن الناس لا يبايعونه الخ)** أقول: فيه تأمل قوله: **(لأن وجوب العقوبة بناء الخ)** أقول: ما ذكره لا يدفع ما لو قيل في إقراره بالقصاص إهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون إقرار على الغير، والأولى أن يستدل عليه بما في كتب الأصول قوله: **(لأنه بحكم الإذن ملحق بالبالغين)** أقول: لدلالة الإذن على عقله قوله: **(وعورض، إلى قوله: وليست**

فيه، ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبيّ والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام، إلا إذا كان الصبيّ مأذوناً له لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن، وجهالة المقرّ به لا تمنع صحة الإقرار، لأن الحق قد يلزم مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه، والإقرار إخبار عن

الآدمية والآدمية لا تزول بالرق، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: هذا الاستدلال لا يدفع ما لو قيل في إقراره بالقصاص إهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون إقراراً على الغير. والأولى أن يستدل عليه بما في كتب الأصول انتهى. أقول: بل ذلك مدفوع لأن المقصود بالقصاص إهلاك النفس، وإهلاك مالية رقبة العبد إنما هو بالتبع فلا يكون إقراره بالقصاص إقراراً على الغير بالنظر إلى ما هو المقصود منه أصالة، ولا يضره لزوم إهلاك مال الغير بالتبع، إذ كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت أصالة وذكر في كتب الأصول أن العبد يصح منه الإقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة، لأن الحياة والدم حقه لاحتياجه إليهما في البقاء، ولهذا لا يملك المولى إتلافهما. ولا يخفى أن ما توهمه ذلك القائل يتوجه إلى ما ذكر فيها أيضاً والمخلص ما حققناه (**ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبيّ والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام**) فلا يلزم إقرارهما شيء (**إلا إذا كان الصبيّ مأذوناً له**) فحينئذ يصح إقراره في قدر ما أذن له فيه (**لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن**) لا بخيار رأيه برأي الوليّ فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لأنهما ليسا من أهل المعرفة والتمييز، وهما شرطان لصحة الإقرار، وإقرار السكران جائز بالحقوق كلها إلا بالحدود الخالصة، والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي، كذا في الكافي ومعراج الدراية (**وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار**) يعني لو كان المقر به مجهولاً بأن قال المقر لفلان على شيء أو حق يصح الإقرار ويلزمه ما أقرّ به (**لأن الحق قد يلزم مجهولاً**) يعني أن الحق قد يلزم الإنسان مجهولاً (**بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها**) لأن الواجب في الجراحات أن يستأنى حولاً فلا يعلم في الحال موجبه (**أو تبقى عليه بقية حساب لا يحيط به**) أي بما بقي من الحساب (**علمه والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به**) أي فيصح بكون المقرّ به مجهولاً. فإن قلت: الشهادة إخبار عن ثبوت الحق أيضاً ومع ذلك تمتنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما. قلت: الشرع لم يجعل الشهادة حجة إلا بعد العلم بالمشهود به، قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ [الزخرف: ٦٨] وقال النبي ﷺ: «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع»[1] وأن الشهادة لا توجب حقاً إلا بانضمام القضاء إليها، والقضاء بالمجهول لا يتصور، أما الإقرار فموجب

يبايعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح، إذ قد لا يتهيأ لهم الإشهاد في كل تجارة يعملونها معه، وبخلاف الحدود والقصاص لأن العبد فيهما مبقي على أصل الحرية حتى لا يصح إقرار المولى عليه في ذلك، لأن وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفاً وكونه مكلفاً من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق، ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار

بصحيحة) أقول: ويجوز توجيهه نقضاً بل ذلك أظهر، ثم قوله وليست بصحيحة ممنوع كما نص عليه الزيلعي في أول الدعوى قال المصنف: (**بخلاف الجهالة في المقر له**) أقول: هذا الكلام في الشرح ناظر إلى قوله ولا يشترط كون المقر له معلوماً، قال العلامة

---

(١) ضعيف. أخرجه الحاكم ٩٨/٤ والبيهقي ١٥٦/١٠ وابن عدي في الكامل ٢٠٧/٦ كلهم من حديث ابن عباس.
ولفظه: «أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن الشهادة، فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم. قال: على مثلها، فاشهد، أو دع».
ولفظ البيهقي: «ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة فقال: أما أنت يا ابن عباس، فلا تشهد إلا على أمر يضيء لك كضياء هذه الشمس وأومى رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس» قال البيهقي: محمد بن سليمان بن مشمول هذا: تكلم فيه الحميدي، ولم يرو من وجه يعتمد عليه والله أعلم.
قال ابن عدي عن محمد بن سليمان: عامة ما يرويه لا يتابع عليه في إسناده ولا متنه، وقال النسائي: هو مكي ضعيف اهـ.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد وتعقبه الذهبي بقوله: بل هو حديث واهٍ، فإن محمد بن سليمان ضعفه غير واحد.

ثبوت الحق فيصح به، بخلاف الجهالة في المقر له لأن المجهول لا يصلح مستحقاً، **(ويقال له بين المجهول)** لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه **(فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان)** لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره وذلك بالبيان **(فإن قال لفلان عليّ شيء لزمه أن يبين ماله قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته، وما لا قيمة له لا يجب فيها، فإذا بيّن غير ذلك يكون رجوعاً.** قال: **(والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقرّ له أكثر من**

بنفسه قبل اتصال القضاء به، وقد أمكن إزالة الجهالة بالإجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الإقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها، كذا في المبسوط **(بخلاف الجهالة في المقر له)** يعني أنها تمنع صحة الإقرار **(لأن المجهول لا يصلح مستحقاً)** ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته أن جهالة المقرّ له إنما تمنع صحة الإقرار إذا كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس، أما إذا لم تكن متفاحشة بأن قال هذا العبد لأحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك. وقال شمس الأئمة السرخسي: لا يصح الإقرار في هذه الصورة أيضاً لأنه إقرار للمجهول، وأنه لا يفيد لأن فائدته الجبر على البيان، ولا يجبر على البيان هاهنا لأنه إنما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول. وفي الكافي: والأصح أنه يصح لأنه يفيد، إذ فائدته وصول الحق إلى المستحق، وطريق الوصول ثابت لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ انتهى. قال في شرح الطحاوي: وكذلك جهالة المقرّ تمنع صحة الإقرار، نحو أن يقول لرجل لك على أحدنا ألف درهم لأن المقضى عليه مجهول، وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلاً عنه. أقول: في تمثيل جهالة المقرّ بالمثال المذكور نظر، إذ الظاهر أن الجهالة فيه في المقرّ عليه لا في المقرّ لأنه متعين وهو المتكلم، والأولى في تمثيل ذلك أن يقال نحو أن يقول لرجل أحد من جماعة أو من اثنين لك عليّ ألف ولا يدري أيهم أو أيهما قال ذلك **(ويقال له بين المجهول)** هذا لفظ القدوري في مختصره: يعني يقال للمقر فيما أقرّ بمجهول بيّن المجهول **(لأن التجهيل من جهته)** أي من جهة المقر: يعني أن الإجمال وقع من جهته فعليه البيان، ولكن لا بد أن يبين شيئاً يثبت ديناً في الذمة قلّ أو كثر نحو أن يبين حبة أو فلساً أو جوزة أو ما أشبه ذلك، أما إذا بيّن شيئاً لا يثبت في الذمة فلا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الإسلام أو كفاً من تراب أو نحوه، كذا في شرح الطحاوي، وذكر في غاية البيان **(فصار كما إذا أعتق أحد عبديه)**

الصبيّ والمجنون غير لازم لعدم أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبيّ مأذوناً له، لأنه بحكم الإذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقرّ به معلوماً فجهالته لا تمنع صحته لأن الإقرار إخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو يجرح جرحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالإقرار قد يلزم مجهولاً. وعورض بأن الشهادة إخبار عن ثبوت الحق للمدعي، والحق قد يلزم له مجهولاً فالشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة. وأجيب بأن العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط، بخلاف المقرّ له فإنها تمنع صحة الإقرار لأن المجهول لا يصلح مستحقاً، وكذلك جهالة المقرّ مثل أن يقول لك على واحد منا ألف، وإذا أقرّ بالمجهول يقال له بيّن المجهول لأنه المجمل فإليه البيان، كما إذا أعتق أحد عبديه فإن يبين أجبره الحاكم على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره بالباء الجارة. وفي بعض النسخ: تصريح إقراره، وذلك أي الخروج إنما يكون بالبيان، فإن قال له على شيء لزمه أن يبين ما له قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته ومالا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعاً مع الإقرار وذلك باطل، فإذا بيّن ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلاً كان أو موزوناً أو عددياً نحو كرّ حنطة أو فلس أو جوزة، فإما أن يساعده المقرّ له أولاً. فإن

النسفي: إذا كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس لأن المجهول لا يصلح مستحقاً وإن لم تكن بأن أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فإنه لا يصح هذا الإقرار عند شمس الأئمة السرخسي لأنه إقرار للمجهول. وفائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان فلا يفيد. وقيل يصح وهو الأصح لأنه يفيد لأن فائدته وصول الحق إلى المستحق وطريق الوصول ثابت، لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ انتهى. وظاهر أن مختار المصنف ما ذهب إليه شمس الأئمة قوله: **(فالجواب أن ذلك حقيقة الخ)** أقول: يعني أن ذلك شرعية، وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة والعرف، فإن لفظ الغصب يطلق في العرف على المعنى الأعم من المعنى الحقيقي.

ذلك) لأنه هو المنكر فيه **(وكذا إذا قال لفلان علي حق)** لما بينا، وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة. **(ولو قال لفلان عليّ مال فالمرجع إليه في بيانه لأنه المجمل ويقبل قوله**

أي فصار إقراره بالمجهول كما إذا أعتق أحد عبديه في وجوب البيان عليه **(فإن لم يبين)** أي فإن لم يبين المقرّ ما أجمله **(أجبره القاضي على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره)** بالباء الجارة. وفي بعض النسخ: بصريح إقراره **(وذلك)** أي الخروج عما لزمه بصحيح إقراره **(بالبيان)** لا غيره، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وعن الشافعي في قول: إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك إنكاراً منه ويعرض اليمين عليه فإن أصرّ جعل ناكلاً عن اليمين وحلف المدعي، وإن أقرّ ابتداء يقال للمقرّ له ادّع حقك فإذا ادّعى وأقر أو أنكر يجري عليه حكمه كذا في معراج الدراية **(فإن قال لفلان عليّ شيء لزمه أن يبين ماله قيمة)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته)** كما يدل عليه لفظة على لأنها للإيجاب والإلزام **(وما لا قيمة له لا يجب فيها)** أي في الذمة **(فإذا بين غير ذلك)** أي غير ما له قيمة **(يكون رجوعاً)** عن الإقرار فلا يقبل **(قال)** أي القدوري في مختصره **(والقول قوله)** أي قول المقرّ **(مع يمينه إن ادّعى المقر له أكثر من ذلك)** أي مما بينه، يعني إذا بيّن المقر ما له قيمة مما يثبت في الذمة مكيلاً كان أو موزوناً أو عددياً نحو كرّ حنطة أو فلس أو جوزة، فإما أن يساعده المقرّ له أو لا، فإن ساعده أخذه، وإن لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقرّ مع يمينه **(لأنه)** أي لأن المقر **(هو المنكر فيه)** أي فيما يدعي عليه المقر له من الزياد والقول قول المنكر مع يمينه. قال المصنف **(وكذا إذا قال لفلان عليّ حق)** أي لزمه هنا أيضاً أن يبين ما له قيمة **(لما بينا)** أنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها. وذكر في المحيط والمستزاد: ولو قال الرجل لفلان على حق ثم قال مفصولاً عنيت به حق الإسلام لا يصدق، وإن قال موصولاً يصدق لأنه بيان يعتبر باعتبار العرف لأنه لا يراد به في العرف حق الإسلام وإنما يراد به حقوق مالية، كذا في الكافي **(وكذا لو قال غصبت منه شيئاً)** هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة القدوري يعني لو قال غصبت من فلان شيئاً صح إقراره ولزمه البيان أيضاً. والحاصل أن كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة صحيح، وذلك كالغصب والوديعة فإن الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة، فإن من غصب من رجل مالاً مجهولاً في كيس أو أودعه مالاً مجهولاً في كيس فإنه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما، وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والإجارة، فإن من أقرّ أنه باع من فلان شيئاً أو آجر من فلان شيئاً أو اشترى من فلان كذا بشيء لا يصح ولا يجبر المقرّ على تسليم شيء، وهذا لأن الثابت بالإقرار كالثابت معاينة، ولو عاينا أنه باع منه شيئاً مجهولاً لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسداً

ساعده أخذوه وإلا فالقول قول المقرّ مع يمينه، لأن المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر، وكذلك إذا قال لفلان عليّ حق لما بينا أنه أخبر عن الوجوب، وكذا لو قال غصبت منه شيئاً وجب عليه أن يبين ما هو مال، حتى لو بين أن المغصوب زوجته أو ولده لا يصح، وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر، وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والأول أصح لأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال، ولا بدّ أن يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة أو في قطرة ماء لا يصح لأن العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه، ولو بيّن في العقار أو خمر المسلم صح لأنه مال يجري فيه التمانع. فإن قيل: الغصب أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما. فالجواب أن ذلك حقيقة، وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة متا عرف في موضعه، وقد أشار إليه بقوله(تعويلاً على العادة). قال: **(ولو قال لفلان علي مال الخ)** إذا قال في إقراره لفلان على مال فمرجع البيان إليه لكونه المجمل، ويقبل قوله فيما بيّن إلا فيما دون الدرهم، والقياس قبوله لأنه مال. ووجه الاستحسان ترك

في القليل والكثير) لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتموّل به **(إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم)** لأنه لا يعد مالاً

فكذا إذا ثبت بالإقرار، ولو عاينا أنه غصب شيئاً مجهولاً في كيس يجبر على الرد فكذا إذا ثبت بالإقرار، وإذا صح الإقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقاً للمقرّ له، كذا في الكافي والمحيط البرهاني **(ويجب أن يبيّن ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة)** أي اعتماداً عليها. واعلم أنه ذكر في المبسوط: رجل قال غصبت من فلان شيئاً: فالإقرار صحيح ويلزمه به ما يبينه، ولا بد أن يبين شيئاً هو مال لأن الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالاً، كان أو غير مال، إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه، فإن الغصب لا يردّ إلا على ما هو مال، وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئاً يكون إقراراً بشراء ما هو مال لأن الشراء لا يتحقق إلا فيه، ولا بد أن يبيّن ما لا يجري فيه التمانع بين الناس، حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لأن إقراره بالغصب دليل على أنه كان ممنوعاً من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجري فيه التمانع، فإذا بيّن شيئاً بهذه الصفة قبل بيانه لأن هذا بيان مقرراً لأصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولاً كان أو مفصولاً، ويستوي أن يبين شيئاً يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى إذا بيّن أن المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك إن بين أن المغصوب دار فالقول قوله وإن كانت لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة. واختلف المشايخ فيما إذا بيّن أن المغصوب زوجته أو ولده فمنهم من يقول: بيانه مقبول لأنه موافق لمبهم كلامه فإن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس أكثر مما يجري في الأموال. وأكثرهم على أنه لا يقبل بيانه بهذا لأن حكم الغصب لا يتحقق إلا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون إنكاراً لحكم الغصب بعد إقراره بسببه وذلك غير صحيح منه، إلى هنا لفظ المبسوط. وصرح في الإيضاح وغيره بأن الأول وهو قبول بيانه بأن المغصوب زوجته أو ولده اختيار مشايخ العراق والثاني وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشايخ ما وراء النهر. وإذ قد عرفت ذلك تبين لك أن المصنف اختار هاهنا قول مشايخ ما وراء النهر حيث قال: ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة: يعني أن مطلق اسم الغصب ينطلق على أخذ مال متقوم في العرف. هذا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وكذا لو قال غصبت منه شيئاً وجب عليه أن يبين ما هو مال، حتى لو بيّن أن المغصوب زوجته أو ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر. وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق. والأول أصح لأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال، ولا بد أن يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بيّن في حبة حنطة أو في قطرة ماء لا يصح، لأن العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه، ولو بيّن في العقار أو في خمر المسلم يصح لأنه مال يجري فيه التمانع. فإن قيل: الغصب أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما. فالجواب أن ذلك حقيقته، وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه، وقد أشار إليه بقوله تعويلاً على العادة، إلى هنا كلامه. أقول: فيه نظر، أما أوّلاً فلأن صحة ما ذكره في هذا الجواب من أن حقيقة الغصب تترك بدلالة: العادة تنافي صحة ما ذكره في تعليل أصحية اختيار مشايخ ما وراء النهر فيما لو بيّن أن المغصوب زوجته أو

الحقيقة بدلالة العادة. ولو قال عظيم قال الشافعي: هو مثل الأول، وقلنا فيه إلغاء لوصف العظم فلا يجوز فلا بدّ من البيان بما يعد عظيماً عند الناس والغني عظيم عند الناس، والغني بالنصاب لأن صاحبه يعد غنياً فلا بد من البيان به فإن بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان أقل ما يكون نصاباً، ففي الإبل خمس وعشرون لأن أقل نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه، وفي الدينار بعشرين مثقالاً، وفي الدراهم بمائتي درهم. وإن بيّن بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، ولم يذكر محمد قول أبي حنيفة في الأصل في هذا الفصل. وروي عنه أنه قال: لا يصدق في أقل من نصاب

عرفاً **(ولو قال مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم)** لأنه أقرّ بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنياً به، والغني عظيم عند الناس. وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة، وعنه مثل جواب الكتاب، وهذا إذا قال

ولده من أن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال، لأن مشايخ العراق يقولون إن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة، والتمانع فيه يجري بين الناس أكثر مما يجري في الأموال كما صرح به في المبسوط وغيره، وليس معنى هذا القول منهم إلا أن حقيقة الغصب تترك في ذلك بدلالة العادة، فكيف يصح تعليل أصحية اختيار مشايخ ما وراء النهر فيه بأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال. وأما ثانياً فلأن قوله وقد أشار إليه بقوله تعويلاً على العادة لا يكاد يصح لأن قول المصنف تعويلاً على العادة علة لوجوب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع ومعناه أن حقيقة الغصب وإن تناولت ما يجري فيه التمانع من الأموال وما لا يجري فيه التمانع منها، إلا أن العادة خصصته بالأول فلا بد أن يبين ذلك، ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة أو قطرة ماء فإنه لا يصح قطعاً. وأما أن حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة إلى ما هو أعم منها فلا إشارة إليه في كلامه أصلاً، كيف ولو صح ذلك عنده وكان في كلامه إشارة إليه لما صح القول منه بوجوب أن يبين مالاً، إذ العادة جارية قطعاً على إطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد إطلاقاً جارياً على اللغة لا على حقيقته الشرعية. وبالجملة إن كلام المصنف هاهنا مسوق على ما هو مختار مشايخ ما وراء النهر دون مختار مشايخ العراق، وفيما ذكره صاحب العناية خلط المذهبين **(ولو قال لفلان عليّ مال فالمرجع إليه في بيانه)** وهذا لفظ القدوري في مختصره: يعني لو قال أحد في إقراره لفلان عليّ مال فالرجوع إلى المقرّ في بيان قدر المال. قال المصنف في تعليله **(لأنه المجمل)** يعني أن المقرّ هو المجمل والرجوع في بيان المجمل إلى المجمل **(ويقبل قوله في القليل والكثير)** وهذا من تتمة كلام القدوري. قال المصنف في تعليله **(لأن كل ذلك مال، فإنه)** أي لمال **(اسم لما يتموّل به)** وذلك موجود في القليل والكثير، ثم قال المصنف **(إلا أنه)** أي المقرّ **(لا يصدق في أقل من درهم)** والقياس أن يصدق فيه أيضاً لأنه مال. وفي الاستحسان: لا يصدق فيه، وجهه ترك الحقيقة بدلالة العرف، وقد أشار إليه بقوله **(لأنه)** أي الأقل من درهم **(لا يعد مالاً عرفاً)** فإن ما دون الدرهم من الكسور ولا يطلق اسم المال عليه عادة، كذا في المبسوط. قال الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: ولو قال له عليّ مال كان القول قوله فيه ودرهم مال. ثم قال: وهذا اللفظ يوهم أنه لا يقبل قوله إذا بين أقل من درهم. وقال بعضهم: ينبغي أن يقبل قوله في البيان لأن اسم

السرقة لأنه عظيم تقطع به اليد المحترمة، وروي عنه مثل قولهما. قيل وهو الصحيح لأنه لم يذكر عدداً يجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا من حيث المعنى وهو المال الذي تجب فيه الزكاة. قال في النهاية: والأصح قوله إنه يبنى على حال المقرّ في الفقر والغنى فإن القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة **(ولو قال أموال عظام فالتقدير في ثلاثة نصب من أي نوع سماه اعتباراً الأدنى الجمع، وإذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة عند أبي حنيفة، وفي أقل من مائتي درهم عندهما)** وفي أقل من ثلاثة عند الشافعي لأن الكثرة أمر إضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف، فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين، وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وبأقل منه كما في السرقة والمهر على مذهبه، وبالمائتين أخرى كالزكاة وجوباً وحرماناً من أخذها، وبأكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلاً فيعمل بقوله دراهم وينصرف إلى ثلاثة، وقالا: أمكن العمل بها حكماً لأن في النصاب كثرة حكمية فالعمل بها أولى من الإلغاء. وقال أبو حنيفة: الدراهم مميز يقع به تمييز العدد، وأقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع تمييزاً هو العشرة، لأن ما بعده يميز بالمفرد. يقال أحد عشر درهماً ومائة وألف درهم فتكون العشرة هو الأكثر من حيث دلالة اللفظ

قوله: **(قيل وهو الصحيح)** أقول: القائل هو الإتقاني قوله: **(وهو المال الذي يجب فيه الزكاة)** أقول: قال الإتقاني: لأنه أقل مال له خطر في الشرع انتهى. وفيه نظر، ولذا لم يذكره الشارح قوله: **(لأن الكثرة الخ)** أقول: قوله لأن الكثرة تعليل لقوله وفي أقل الخ.

من الدراهم، أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين، وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب (ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من أي فنّ سماه) اعتباراً لأدنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة) وهذا عند أبي حنيفة (وعندهما لم يصدق في أقل

المال منطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم. ثم قال: والصحيح أنه لا يقبل لأن المال الذي يدخل تحت الالتزام والإقرار لا يكون أقل من درهم، وهذا ظاهر في حكم العادة فحملناه عليه ا هـ كلامه. وقال الناطفي في أجناسه: وفي نوادر هشام قال محمد رحمه الله: لو قال لفلان عليّ مال له أن يقرّ بدرهم. ثم قال: وقال الهاروني: لو قال لفلان عليّ مال هو على عشرة دراهم جياد، ولا يصدّق في أقل منه في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل منه، إلى هنا لفظ الأجناس (ولو قال مال عظيم لا يصدق في أقل من مائتي درهم) هذا لفظ القدوري: يعني لو قال لفلان عليّ مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكاة وهو مائتا درهم. وقال الشافعي: هو مثل الأول. قلنا: فيه إلغاء لوصف العظم فلا يجوز، وقد أشار المصنف إليه بقوله (لأنه أقرّ بمال موصوف) أي موصوف بوصف العظم (فلا يجوز إلغاء الوصف) بل لا بدّ من البيان بما يعد عظيماً عند الناس (والنصاب) مال (عظيم) في الشرع والعرف (حتى اعتبر صاحبه غنياً به) فأوجب عليه مواساة الفقراء (والغنيّ عظيم عند الناس) فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، ولم يذكر محمد في الأصل قول أبي حنيفة في هذا الفصل فاختلفت رواية المشايخ عنه فيه، فأراد المصنف بيان ذلك فقال (وعن أبي حنيفة) أي روى عنه (أنه) أي المقرّ في هذا الفصل (لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة) ونصاب المهر أيضاً (لأنه) أي لأن هذا النصاب (عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة) ويستباح به البضع المحترم (وعنه) أي عن أبي حنيفة رحمه الله (مثل جواب الكتاب) أي مثل ما ذكر في مختصر القدوري من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم. قال في غاية البيان: وهو الصحيح لأنه لم يذكر عدداً حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكاة لأنه أقل مال له خطر في الشرع ا هـ. وذكره صاحب العناية أيضاً بقيل خلا قوله لأنه أقل مال له خطر في الشرع. أقول: فيه بحث، لأن التعليل المذكور لا يفيد كون ما في هذه الرواية هو الصحيح، لأن إيجابنا العظيم من حيث المعنى أمر مقرّر على كلتا الروايتين، وإنما النزاع في أن ذلك العظيم ماذا؟ هل هو نصاب الزكاة أم نصاب السرقة والمهر؟ فقوله وهو المال الذي تجب فيه الزكاة غير مسلم على الرواية الأخرى، وكذا قوله لأنه أقل مال له خطر في الشرع، إذ لصاحبها أن يقول بل هو المال الذي يجب فيه قطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وهو أقل مال له خطر في الشرع فلم يتم التقريب. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: والأصح على قول أبي حنيفة أنه يبني على حال المقرّ في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغنيّ حقير، وكما أن المائتين عظيم في حكم الزكاة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق وتقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع إلى حال المقرّ، كذا في فتاوي قاضيخان وذكر في بعض الشروح (وهذا) أي ما ذكر من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم (إذا قال من الدراهم)

عليه فيصرف إليه، لأن العمل بما يدل عليه اللفظ إذا كان ممكناً ولا مانع من الصرف إليه لا يعدل إلى غيره (ولو قال على دراهم فهي ثلاثة) بالاتفاق لأنها أقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه، بخلاف المثنى، إلا أن يبين أكثر منها لاحتمال اللفظ، وكونه عليه فلا تهمة، وينصرف إلى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد، فإن لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة لكونه معتبراً في الشرع. قال: (ولو قال كذا كذا درهماً) كذا كناية عن العدد والأصل في استعماله اعتباره بالمفسر، فما له نظير في الأعداد المفسرة حمل على أقل ما يكون من ذلك النوع، وما ليس له ذلك بطل، فإذا قال كذا درهماً كان كما إذا

من مائتين) لأنه صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره، بخلاف ما دونه. وله أن العشرة أقصى ما

أي إذا قال له عليّ مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء أو قال في الابتداء له عليّ مال عظيم، ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحبي النهاية ومعراج الدراية في شرح قول المصنف هذا إذا قال من الدراهم: أي بين وقال إن مرادي بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير **(أما إذا قال من الدنانير)** أي إذا قال ذلك ابتداء أو ثانياً عند البيان **(فالتقدير فيها)** أي في الدنانير **(بالعشرين)** أي بعشرين مثقالاً لأنه نصاب الزكاة في الذهب **(وفي الإبل بخمس وعشرين)** يعني وفيما إذا قال من الإبل يقدّر بخمس وعشرين إبلاً **(لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه)** كعشرين مثقالاً في الدنانير ومائتي درهم في الدراهم. والحاصل أنه إذا بين بجنس من أجناس الأموال الزكوية فالمعتبر أقل ما يكون نصاباً في ذلك الجنس. فإن قيل: ينبغي أن يقدر في الإبل بخمس لأنه تجب فيه شاة فكان صاحبها بها غنياً. قلنا: هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكاة، وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها، فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيماً مطلقاً إذ المطلق ينصرف إلى الكامل، كذا في الكافي وبعض الشروح **(وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب)** يعني وفيما إذا بيّن بغير مال الزكاة يقدر بقيمة النصاب: أي بقدر النصاب قيمة **(ولو قال أموال عظام)** أي ولو قال عليّ أموال عظام بصيغة الجمع **(فالتقدير بثلاثة نصب من أيّ فن سماه)** أي من أي نوع سماه، حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بستمائة درهم، ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالاً، ولو قال من الإبل كان بخمس وسبعين إلى غير ذلك من الأجناس، وإنما كان كذلك **(اعتباراً لأدنى الجمع)** فإن أدنى الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال عظام وهي ثلاثة نصب من جنس ما سماه. ولو قال عليّ مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفي: لم أجده منصوصاً، وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الإيضاح والذخيرة وفي غاية البيان نقلاً عن الفتاوى الصغرى قال شمس الأئمة البيهقي في كفايته عن أبي يوسف: قال لفلان عليّ درهم مضاعفة يلزمه ستة، لأن أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة، قال له عليّ دراهم أضعافاً مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافاً عليه ثمانية عشر لأن الأضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلاث مرات فكانت تسعة، وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيقتضي ثمانية عشر. وفي الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر، قال عليّ عشرة دراهم وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهماً لأن أضعاف العشرة ثلاثون فإذا ضمت إلى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفة فيكون ثمانين **(ولو قال دراهم كثيرة)** أي لو قال لفلان عليّ دراهم كثيرة **(لم يصدق في أقل من عشرة دراهم)** هذا لفظ القدوري. قال المصنف **(وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين)** وعند الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك، وكذلك لو قال لفلان عليّ دنانير كثيرة لم يصدق عند أبي حنيفة في أقل من عشرة دنانير وعندهما في أقل من عشرين مثقالاً، وعند الشافعي في أقل من ثلاثة دنانير، كذا ذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه. وقال القدوري في كتاب التقريب: روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل قولهما.

قال له علي درهم، وإذا قال كذا كذا درهماً كان أحد عشر، وإن ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير، وإذا قال كذا كان أحدا وعشرين، وإن ثلث بالواو كان مائة وأحدا وعشرين، وإن ربع يزاد ألف، ولو قال له علي أو قبلي فهو إقرار بالدين لأن علي الإيجاب، وقبلي ينبيء عن الضمان على ما مر في الكفالة، ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدّق ويكون مجازاً لإيجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولاً لا مفصولاً قال المصنف: **(وفي نسخ المختصر)** يعني مختصر القدوري في قوله قبلي **(إنه إقرار بأمانة لأن اللفظ ينتظمهما)** حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين

قوله: **(كما في السرقة والمهر الخ)** أقول: كما في السرقة مثال العشرة: يعني على مذهبنا. وقوله والمهر نظير الأقل على مذهبه.

ينتهي إليه اسم الجمع، يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهماً فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه **(ولو قال دراهم فهي ثلاثة)** لأنها أقل الجمع الصحيح **(إلا أن يبين أكثر منها)** لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن

وجه قول الشافعي أنه وصف الدراهم مثلاً بصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة فيلغو ذكرها، وذلك لأن إثبات صفة الكثرة لمقدار من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن، لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم. أما من حيث الحقيقة فلأن الكثرة أمر إضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد. وأما من حيث العرف فلأن الناس متفاوتون في ذلك، فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين. وأما من حيث الحكم فلأن حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر. كما في نصاب السرقة والمهر، ويتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكاة وحرمة الصدقة، ويتعلق تارة بأكثر من مائتين كما في الاستطاعة في الحج في الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلاً فإذا تعذر العمل بها لغا ذكرها فيعمل بقوله دراهم وينصرف إلى ثلاثة. ووجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ما أشار إليه المصنف بقوله **(لأن صاحب النصاب)** يعني صاحب نصاب الزكاة **(مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره)** بدفع زكاته والتصدق على الفقير **(بخلاف ما دونه)** أي بخلاف ما دون النصاب. فإن صاحبه مقلّ ولهذا لم يلزمه مواساة غيره. قال صاحب العناية في تقرير دليلهما: وقالا أمكن العمل بها: أي بالكثرة حكماً لأن في النصاب كثرة حكمية فالعمل به أولى من الإلغاء ا هـ. أقول: فيه نظر، لأن نصاب الزكاة وإن كان له كثرة في ترتب حكم وجوب الزكاة إلا أن نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عندنا له أيضاً كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع، وكذا الأكثر من المائتين مما يحصل به الاستطاعة في الحج من الأماكن البعيدة له كثرة في ترتب حكم وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكمية فلم يمكن العمل بإحداها على التعيين، فقوله لأن في النصاب كثرة حكمية لا يجدي شيئاً وهو ظاهر، وكذا قوله فالعمل به أولى من الإلغاء، لأن أولوية العمل به من الإلغاء لا يستلزم أولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة أخرى فلا يتم المطلوب. وقال صاحب الغاية في تقرير دليلهما: ولأبي يوسف ومحمد أن العمل بهذه الصفة وإن تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي، لكن أمكن العمل بها حكماً، ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكن تصحيحه، فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كأنه قال لفلان عليّ دراهم كثيرة حكماً، والدراهم الكثيرة حكماً من كل وجه مائتا درهم لأنها كثيرة شرعاً في حق القطع والمهر ووجوب الزكاة وحرمة الصدقة. فأما العشرة إن كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكاة قليل، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل من ذلك الاسم لا إلى الناقص، وأقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكماً من كل وجه مائتا درهم، فأما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصاً من حيث الكثرة حكماً انتهى كلامه. أقول: فيه أيضاً نظر، لأن ما بسطه وإن

والأمانة جميعاً. والأمانة أقلهما فيحمل عليها، وكان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الأصل لأن الهداية تشرح مسائل الجامع الصغير والقدوري، إلا أن المذكور في الأصل هو الأصح فقدمه في الذكر، ولو قال عندي أو معي أو في يدي أو في بيتي أو في كيسي أو صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده، لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده واليد تتنوع إلى أمانة وضمان فيثبت أقلهما وهو الأمانة. ونوقض بما إذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فإنه دين ولم يثبت أقلهما وهو الأمانة. وأجيب بأنه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن وإهمالهما لا يجوز، وحمل الدين على الوديعة حمل للأعلى على الأدنى وهو لا يجوز، لأن الشيء لا يكون تابعاً لما دونه فتعين العكس. ولو قال لرجل لي عليك ألف درهم فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها كان إقرار

قوله: (لا يعدل إلى غيره) أقول: خبر إن في قوله لأن العمل بما دل الخ.

المعتاد (**ولو قال كذا كذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد عشر درهماً**) لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (**ولو قال كذا وكذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد وعشرين**) لأن ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره (**ولو قال كذا**

أفاد في الظاهر أولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد أولوية حملها على المائتين من حملها على الأكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الأماكن البعيدة كما أدرجه نفسه أيضاً في تقرير دليل الشافعي، بل أفاد أولوية العكس لأن الأكثر من المائتين هو الذي تحقق فيه الكثرة حكماً من كل وجه فإنه كثير في حق وجوب الحج أيضاً من الأماكن البعيدة، وأما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر إلى حكم الحج من الأماكن البعيدة فكان ناقصاً من حيث الكثرة حكماً فلم يتم المطلوب تأمل (**وله**) أي ولأبي حنيفة رحمه الله (**أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع**) أي عند كونه مميزاً للعدد (**يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهماً**) يعني أن العدد إذا جاوز العشرة يصير مميزه مفرداً لا جمعاً (**فيكون**) أي العشرة (**هو الأكثر من حيث اللفظ**) أي من حيث دلالة اللفظ عليه (**فينصرف إليه**) لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكناً ولم يوجد مانع من الصرف إليه لا يعدل إلى غيره، كذا في العناية. لا يقال: ينبغي أن يصدق فيما بين الثلاثة والعشرة لأنه كثير. لأنا نقول: لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له، كذا في غاية البيان. أقول: بقي هاهنا شيء، وهو أن كون العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع إنما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بأن يكون مميزاً له كما نبهنا عليه آنفاً، لا عند انفراده عنه فإنه يجوز أن يراد بجمع الكثرة حال الإنفراد ما فوق العشرة إلى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف باللغة، ومسألتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد، فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة؟ قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسألة لأن جمع الكثرة أقله عشرة. أقول: ليس ذلك بصحيح. أما أولاً فلأن جمع الكثرة أقله أحد عشرة لا عشر على ما تقرر في علم النحو. قال الفاضل الرضي: قالوا: مطلق الجمع على ضربين: قلة، وكثرة؛ والمراد بالقليل من الثلاثة إلى العشرة والحدان داخلان؛ وبالكثير ما فوق العشرة انتهى. وأما ثانياً: فلأنه لو كانت علة قول أبي حنيفة في هذه المسألة كون أقل جمع الكثرة عشرة لزم أن لا يصدّق أيضاً عنده في أقل من عشرة فيما إذا قال له عليّ دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع أنه يصدق هناك في ثلاثة بالاتفاق كما سيأتي. والأولى: في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسألة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال: ولأبي حنيفة أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصاً، وإنما تثبت ضرورة أن لا تصير صفة الكثرة لغواً فإن العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعذر، وما ثبت مقتضى صحة الغير يثبت أدنى ما يصح به الغير، وأدنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم، فإن القطع متعلق شرعاً بالكثير من المال لا بالقليل على ما روي أنه كان لا يقطع في الشيء التافه، ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى. قال الشيخ أبو نصر البغدادي: والفرق لأبي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لأن الكثرة تكون بزيادة العدد، فاعتبر الكثرة التي ترجع إلى العدد وقوله مال عظيم لا يتضمن عدداً

بالمدعي، لأن ما خرج جواباً إذا لم يكن كلاماً مستقلاً كان راجعاً إلى المذكور أولاً، فكأنه بصريح لفظه، فلما قرن كلامه في الأولين بالكناية رجع إلى المذكور في الدعوى، وكأنه قال: اتزن الألف التي لك علي كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل، حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور لكونه مستقلاً، فكأنه قال: اقعد وزاناً للناس واكتب المال واترك الدعوى الباطلة، أو نقاداً وانقد للناس دراهمهم. وأما في قوله أجلني فلأن التأجيل إنما يكون في حق واجب.

قال المصنف: (**لأن اللفظ يحتمله مجازاً**) أقول: فيصير كأنه قال لفلان علي حفظ الألف.

درهماً فهو درهم) لأنه تفسير للمبهم **(ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر)** لأنه لا نظير له سواه **(وإن ثلث بالواو فمائة**

فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد، والعظيم في الشرع ما يصير به غنياً فيجب الزكاة فيه فاعتبر ذلك **(ولو قال دراهم فهي ثلاثة)** هذا لفظ القدوري في مختصره: يعني لو قال له عليّ دراهم وجب عليه ثلاثة دراهم بالاتفاق. قال المصنف في تعليله: **(لأنها أقل الجمع الصحيح)** يعني أن الدراهم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ثلاثة لكونه متيقناً. أقول: فيه بحث لأنه إن كان لفظ الصحيح في قوله لأنه أقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب. يرد عليه أن الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعي، وإن كان صفة لأقل كما يشعر به قول صاحب الكافي لأنه أدنى الجمع المتفق عليه، وقول صاحب العناية لأنها أقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى يتجه عليه أن كون أقل الجمع ثلاثة إنما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة، فإن أقلّ جمع الكثرة أحد عشر كما مر بيانه آنفاً والدراهم جمع كثرة، إذ قد تقرر في كتب النحو أن جميع أمثلة الجمع المكسر جمع كسرة سوى الأمثلة الأربعة المعروفة وهي أفعل وأفعال وأفعلة وفعلة عند الكل، وسوى فعلة كأكلة عند الفراء، وسوى أفعلاء كأصدقاء في نقل التبريزي، ولفظ الدراهم ليس من أحد هاتيك الأمثلة فكان جمع كثرة قطعاً فلم يتم المطلوب. ثم أقول: يمكن الجواب عن ذلك بوجهين على اختيار الشق الثاني من الترديد الأول أن الفاضل الرضيّ صرح بأن كل جمع تكسير للرباعي الأصلي حروفه مشترك بين القلة والكثرة، ولا شك أن الدراهم من هذا القبيل، فلما اشترك بين القلة والكثرة كان أقله المتيقن هو الثلاثة فتم المطلوب. والثاني أن المحقق التفتازاني قال في هذا التلويح في أوائل مباحث ألفاظ العام بصدد تحقيق ما ذهب إليه أكثر الصحابة والفقهاء وأئمة اللغة من أن أقل الجمع ثلاثة. واعلم أنهم لم يفرقوا في هذا المقام بين جمعي القلة والكثرة، فدل بظاهره على أن التفرقة بينهما إنما هي في جانب الزيادة: يعني أن جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها، وجمع الكثرة غير مختص لا أنه مختص بما فوق العشرة، وهذا أوفق بالاستعمالات وإن صرح بخلافه كثير من الثقات، انتهى كلامه. فيجوز أن يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الأوفق بالاستعمالات وتقريرات أهل الأصول من كون التفرقة بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لا في جانب النقصان فتدبر **(إلا أن يبين أكثر منها)** هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره: يعني إلا أن يبين المقرّ أكثر من الثلاثة فحينئذ يلزمه ما بينه. قال المصنف **(لأن اللفظ)** أي لفظ الجمع **(يحتمله)** أي يحتمل الأكثر من الثلاثة ولا تهمة فيه لكونه عليه لا له **(وينصرف إلى الوزن المعتاد)** أي إلى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد، لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف كما مرّ في البيوع، ولا يصدّق في أقل من ذلك لأنه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه. قال في التحفة: وإن لم يكن فيه شيء متعارف يحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر في الشرع، وهكذا ذكر في العناية. وقال في البدائع: وإن كان الإقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبع يقع إقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام إلى المتعارف، حتى لو ادعى وزناً أقل من وزن بلده لا يصدق لأنه يكون رجوعاً، ولو كان في البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد، فإن استوت يحمل على أقل الأوزان لأنه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا تثبت مع الشك انتهى. أقول: بين المذكورين في التحفة والبدائع في صورة التساوي تفاوت بل تخالف لا يخفى

وأما في قد قضيتكها فإن القضاء يتلو الوجوب، ودعوى الإبراء كدعوى القضاء لأنه يتلو الوجوب، وكذلك دعوى الصدقة والهبة: يعني لو قال تصدقت بها علي أو وهبتها لي كان إقراراً لأنه دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب، وإذا قال له علي ألف درهم إلى سنة وقال المقرّ له بل هي حالة فالقول للمقر له لأن المقر أقر على نفسه مالاً وادعى حقاً لنفسه فيه فلا يصدق، كما إذا أقرّ بعبد في قوله في يده لغيره وادعى لا يصدق في دعوى الإجارة، بخلاف ما إذا أقرّ بدراهم سود فإنه

وأحد وعشرون، وإن ربع يزاد عليها ألف) لأن ذلك نظيره. قال: **(وإن قال له عليّ أو قبلي فقد أقرّ بالدين)** لأن «علي» صيغة إيجاب، وقبلي ينبىء عن الضمان على ما مرّ في الكفالة **(ولو قال المقرّ هو وديعة ووصل صدّق)** لأن

(ولو قال كذا كذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد عشر درهماً) هذا لفظ القدوري في مختصره: يعني لو قال له عليّ كذا كذا درهماً لزمه أحد عشر درهماً ولم يعتبر قوله في أقل من ذلك. قال المصنف في تعليله **(لأنه)** أي المقر **(ذكر عددين مبهمين)** أي ذكر لفظين هما كنايتان عن العدد المبهم **(ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك)** أي أقل ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف **(من المفسر)** أي من العدد المفسر: أي المصرح به **(أحد عشر)** وأكثره تسعة عشر فإنه يقال أحد عشر إلى تسعة عشر فيلزمه الأقل المتيقن من غير بيان والزيادة تقف على بيانه **(ولو قال كذا وكذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد وعشرين)** هذا أيضاً لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره)** يعني أن لفظ كذا كناية عن العدد، والأصل في استعماله اعتباره بالمفسر: أي بالعدد الصريح، فما له نظير في الأعداد المفسرة يحمل على أقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقناً؛ فإذا قال له عليّ كذا كذا درهماً فكأنه قال له عليّ أحد عشر درهماً. وإذا قال له على كذا وكذا درهماً فكأنه قال له عليّ أحد وعشرون درهماً **(ولو قال كذا درهماً فهو درهم)** هذه المسألة ذكرها المصنف تفريعاً على مسألة القدوري، ولم يذكرها محمد رحمه الله في الأصل: يعني لو قال له عليّ كذا درهماً فالواجب عليه درهم واحد **(لأنه)** أي لأن درهماً في قوله كذا درهماً **(تفسير للمبهم)** أي تمييز للشيء المبهم وهو كذا لأنه كناية عن العدد المبهم وأقله المتيقن واحد فيحمل عليه، وذكرت هذه المسألة في بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط والتتمة وفتاوى قاضيخان على خلاف ما ذكره المصنف، فإنه قال في الذخيرة المحيط وفي الجامع الأصغر: إذا قال لفلان عليّ كذا درهماً فعليه درهمان، لأن هذا أقل ما يعدّ لأن الواحد لا يعدّ حتى يكون معه شيء آخر. وقال في التتمة وفي الجامع الأصغر: إذا قال كذا ديناراً فعليه ديناران، لأن هذا أقل ما يعد لأن الواحد لا يعد حتى يكون معه شي آخر. وقال في فتاوى قاضيخان: لو قال لفلان عليّ كذا ديناراً فعليه ديناران، لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان انتهى. أقول: فيما ذكر في تلك الكتب نظر، لأن عدم كون الواحد من العدد إنما هو في اصطلاح الحساب وأما في الوضع واللغة فهو من العدد قطعاً، وعن هذا ترى أئمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا أصول العدد اثنتي عشرة كلمة وأحد إلى عشرة ومائة وألف. وقال العلامة الجوهري في صحاحه: الأحد بمعنى الواحد وهو أول العدد انتهى. وقال المحقق الرضي في شرح الكافية: لا خلاف عند النحاة في أن لفظ واحد واثنان من أسماء العدد، وعند الحساب ليس الواحد من العدد لأن العدد عندهم هو الزائد على الواحد، ومنع بعضهم أن يكون الاثنان من العدد انتهى. ولا شك أن كون كذا كناية عن العدد ليس بمبني على اصطلاح الحساب، بل هو أمر جار على أصل الوضع واللغة، فكون أقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضي كون الواجب على المقرّ في المسألة المذكورة درهين كما لا يخفى. قال صاحب غاية البيان: كان ينبغي أن يلزمه في هذه المسألة أحد عشر، لأنه أول العدد الذي يقع مميزه منصوباً، وإذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في درهم والقياس فيه ما قاله في مختصر الأسرار: إذا قال له عليّ كذا درهماً لزمه عشرون، لأنه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب، وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل وهو عشرون لأنه متيقن انتهى كلامه. وقال تاج الشريعة: فإن قلت: ينبغي أن يجب أحد عشر درهماً لأنه أقل عدد يجيء مميزه منصوباً. قلت: الأصل براءة الذمة فيثبت الأدنى للتيقن انتهى.

يصدق لأن السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة التي أقرّ بها وقد مرت المسألة في الكفالة ويستحلف المقر له على إنكار الأجل لأنه منكر واليمين على من أنكر، وإن قال له عليّ مائة ودرهم لزمه كلها دراهم، ولو قال مائة وثوب وشاة لزمه ثوب

اللفظ يحتمله مجازاً حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولاً لا مفصولاً. قال رحمه الله: وفي نسخ المختصر في قوله قبلي أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لاحق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعاً، والأمانة أقلهما والأول أصح. **(ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في**

أقول: جوابه ليس بتام لأن كون الأصل براءة الذمة إنما يقتضي كون الثابت أدنى ما يتحمله لفظ المقرّ دون الأدنى مطلقاً كما لا يخفى. ومعنى السؤال أن أدنى ما يتحمله لفظ المقرّ في هذه المسألة إنما هو أحد عشر بدلالة كون المميز منصوباً، فينبغي أن يكون الواجب عليه أحد عشر درهماً، وما ذكر في الجواب لا يدفعه قطعاً. ثم أقول: الحق في الجواب أن يقال إن قوله كذا درهماً وإن كان نظير الأحد عشر درهماً في كون المميز منصوباً لكن ليس بنظير له في نفس ما يميزه المنصوب، لأن أحد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فإذا لم يكن نفس كذا نظيراً لنفس أحد عشر لم يفد الاشتراك في مجرد كون مميزهما منصوباً، وهذا أمر لا سترة به. قال في الاختيار شرح المختار: وقيل يلزمه عشرون وهو القياس، لأن كذا يذكر للعدد عرفاً، وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى. وذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز نقلاً عنه. وقال صاحب معراج الدراية: وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب الحلية عن محمد أنه ذكر إذا قال كذا درهماً لزمه عشرون عنده لأنه أقر عدد يفسره الواحد المنصوب خلاف ما ذكر في الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا، ولم أجده في الكتب المشهورة لأصحابنا اهـ كلامه. أقول: كأنه لم ير ما ذكره في مختصر الأسرار وشرح المختار أو لم يعدّهما من الكتب المشهورة لأصحابنا، أو أراد أنه لم يجده منقولاً عن محمد في الكتب المشهورة لأصحابنا: ثم إن التعليل المذكور في المنقول المزبور وهو قوله لأنه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب قاصر في الظاهر، لأن أقل عدد يفسره الواحد المنصوب إنما هو أحد عشر دون عشرين، فكان مراده أنه أقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به في غيره وإن لم يكن لفظه مساعداً له. قال المصنف: **(ولو ثلّث كذا بغير واو)** أي لو ذكر لفظة كذا ثلاث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهماً **(فأحد عشر)** أي فالذي يلزمه أحد عشر درهماً لا غير **(لأنه لا نظير له سواه)** أي لا نظير له في الأعداد الصريحة سوى أحد عشر: يعني سوى ما كان أقله أحد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلاثة على أحد عشر لكونهما نظيري عددين صريحين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك أحد عشر، ويحمل الواحد منهما على التكرير والتأكيد ضرورة عدم ثلاثة أعداد مجتمعة ذكرت بلا عاطف، كذا قالوا **(وإن ثلّث بالواو)** بأن قال كذا وكذا وكذا **(فمائة وأحد وعشرون)** أي فالذي يلزمه هذا المقدار **(وإن ربّع)** بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا **(يزاد عليها)** أي على مائة وأحد وعشرون **(ألف)** فيلزمه ألف ومائة وأحد وعشرون **(لأن ذلك نظيره)** أي لأن العدد الذي ذكرنا أنه يلزم في صورتي التثليث والتربيع نظير ما ذكره المقرّ في تينك الصورتين: أي أقل ما كان نظيراً له فحينئذ يكون قوله لأن ذلك

واحد وشاة واحدة، والمرجع في تفسير المائة إليه لأنه هو المجمل وهو القياس في الدرهم أيضاً وبه قال الشافعي، لأن المائة مبهمة والمبهم يحتاج إلى تفسير، ولا تفسير له هاهنا لأن الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة، وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني. وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين أنهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين، والاستقالة فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه، وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة، ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها، فإن الثوب لا يثبت في الذمة ديناً إلا سلماً، والشاة لا تثبت ديناً في الذمة أصلاً فلم يكثر بكثرتها فبقي

قوله: **(بقوله وديعة)** أقول: قوله وديعة بالنصب أو الرفع معاً قوله: **(لا يجاب حفظ المضمون)** أقول: أي الذي من شأنه الضمان وهو المال.

قوله: **(والمال محلو)** أقول: فيكون من ذكر المحل وإرادة الحال، والضمير في قوله محله راجع إلى قوله حفظ المضمون.

صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده) لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوّع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الأمانة (ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها فهو إقرار)

نظيره تعليلاً لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليل في صورة التثليث وتأخيره إلى هنا، ويحتمل أن يكون ذلك تعليلاً لقريبة: أعني صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكاً لانفهامه مما ذكره في غيرها كما يشعر به تحرير صاحب الكافي حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهماً فمائة وأحد وعشرون لأنه أقل ما يعبر عنه. بثلاثة أعداد مع العاطف، ولو ربّع يزاد عليها الألف لأن ذا نظيره انتهى. قال الإمام الزيلعي في التبيين: ولو خمّس بالواو ينبغي أن يزاد عشرة آلاف، ولو سدّس يزاد مائة ألف، ولو سبّع يزاد ألف ألف، وعلى هذا كلما زاد عدداً معطوفاً بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى انتهى. وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: هذا كله إذا قال بالنصب فأما إذا قال درهم بالخفض بأن قال كذا درهم يلزمه مائة درهم. وقال: هكذا روي عن محمد لأنه ذكر عدداً مبهماً مرة واحدة، وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرّح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض، وأقل ذلك مائة درهم، وإن قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة درهز لأنه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف، وذكر الدراهم عقيبهما بالخفض، وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لأن ثلاثاً عدد ومائة عدد وليس بينهما عرف العطف، ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه. وقال الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وإذا أقرّ أن لفلان عليه كذا كذا درهماً وكذا كذا ديناراً فعليه من كل واحد منهما أحد عشر، لأنه لو أفرد كل واحد منهما في الذكر لزمه أحد عشر، فكذلك إذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد أحد عشر. ولو قال له عليّ كذا كذا ديناراً ودرهماً كان عليه أحد عشر منهما جميعاً، وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير، إلا أنا نقول: لو فعلنا ذلك أدّى إلى الكسر، وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير، فإن قيل: هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم؟ قلنا: لأن الدراهم أقل مالية من الدنانير فصرفناه إليها احتياطاً، إلى هاهنا كلامه **(قال)** أي قال محمد في الأصل **(وإن قال له عليّ أو قبلي فقد أقرّ بالدين)** لم يذكر محمد هذه المسألة في الجامع الصغير وإنما ذكرها في الأصل. أما وجه كونه مقراً بالدين في قوله له عليّ فما أشار إليه المصنف بقوله **(لأن علي صيغة إيجاب)** تقريره أن عليّ كلمة خاصة للإخبار عن الواجب في الذمة واشتقاقها من العلو، وإنما يعلوه إذا كان ديناً في ذمته لا يجد بداً من قضائه ليخرج عنه، كذا في النهاية. وتقرير آخر أن الدين وإن لم يذكر صريحاً في قوله له عليّ فقد ذكر اقتضاء، لأن كلمة على تستعمل في الإيجاب، قال الله تعالى: ﴿ولله على الناس حجّ البيت﴾ [آل عمران: ٩٧] ومحل الإيجاب

على الحقيقة: أي على الأصل، وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت، وكذا إذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة إلى المقرّ لما بينا أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها، بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الكل ثياباً بالاتفاق لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً، إذ الأثواب لم تذكر بحرف حتى يدل على المغايرة فانصرف إليهما جميعاً لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير. لا يقال: الأثواب جمع لا يصلح تمييزاً للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحداً. قال: **(ومن أقر بتمر في قوصرة الخ)** الأصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فإما أن يذكرهما بكلمة «في» أو بكلمة «من» فإن كان الأول كقوله غصبت من

قوله: **(وحمل الدين على الوديعة الخ)** أقول: وفيه بحث، والأول أن يقال: إن حمل الدين على الوديعة لزم ارتكاب مجازين، فإن قوله قبلي إقرار بالدين، بخلاف العكس فليتأمل قال المصنف: **(ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها)** أقول: الألف مذكر وتأنيث الضمير بأول الجملة، وفي القاموس: الألف من العدد مذكر، ولو أنث باعتبار الدراهم جاز قوله: **(إذا لم يكن كلاماً مستقلاً)** أقول: بأن يشتمل على الضمير مثلاً.

لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى، فكأنه قال: اتزن الألف التي لك عليّ، حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور، والتأجيل إنما يكون في حق واجب، والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا، وكذا دعوى الصدقة والهبة لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب، وكذا لو قال

الذمة، والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرّاً بالدين لا العين، كذا في غاية البيان، وذكر في النهاية أيضاً نقلاً عن الإمام المحبوبي: وأما وجه كونه مقرّاً بالدين في قوله له قبلي فما أشار إليه بقوله **(وقبلي ينبىء عن الضمان)** لأن هذا عبارة عن اللزوم؛ ألا يرى أن الصك الذي هو خجة الدين يسمى قبالة وأن الكفيل يسمى قبيلاً لأنه ضامن للمال، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط **(على ما مرّ في الكفالة)** من أنه تنعقد الكفالة بقوله أنا قبيل لأن القبيل هو الكفيل. أقول: هاهنا نظر، وهو أن كون القبيل بمعنى الكفيل، وتضمنه معنى الضمان لا يقتضي كون قبلي منبئاً عن الضمان لأن كلمة قبل غير كلمة القبيل، ولم يذكر في كتب اللغة مجيء الأول بمعنى الثانية قط، بل الذي ذكره أئمة اللغة في كتبهم هو أن قبل فلان بمعنى عنده، وأن قبلاً بمعنى مقابلة وعياناً، وأنه يجيء قبل بمعنى طاقة فإنهم قالوا رأيته قبلاً: أي مقابلة وعياناً قال الله تعالى: ﴿أو يأتيهم العذاب قبلاً﴾ [الكهف: ٥٥] أي عياناً ولي قبل فلان حق أي عنده ومالي به قبل أي طاقة، وأما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط. والحاصل أن كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية في هاتيك المسألة فتأمل **(ولو قال المقرّ)** في قوله علي أو قبلي **(هو وديعة ووصل)** أي ووصل قوله علي أو قبلي بقوله هو وديعة **(صدّق لأن اللفظ يحتمله)** أي يحتمل ما قاله **(مجازاً)** أي من حيث المجاز **(حيث يكون المضمون عليه حفظه)** أي حفظ المودع، فإن المودع ملتزم حفظ الوديعة **(والمال محله)** أي محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو مال الوديعة وأراد الحال وهو حفظه فجاز مجازاً كما في قولهم نهر جار لكنه تغيير عن وضعه **(فيصدّق موصولاً لا مفصولاً)** لأنه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولاً لا مفصولاً كما في الاستثناء **(قال)** أي المصنف رحمه الله عنه **(وفي نسخ المختصر)** يعني مختصر القدوري **(في قوله قبلي)** أي وقع في قول المقر قبلي **(أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما)** أي ينتظم الدين والأمانة **(حتى صار قوله)** أي قول القائل **(لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعاً)** نص عليه محمد رحمه الله في الأصل حيث قال: إذا قال لا حق له على فلان برىء فلان مما هو مضمون عليه، وإن قال لا حق عنده فهو برىء مما أصله الأمانة، وإن قال لا حق لي قبل فلان برىء مما عليه ومما عنده لأن ما عنده قبله وما عليه قبله انتهى **(والأمانة أقلهما)** هذا تتمة الدليل: يعني أن الأمانة أقل الدين والأمانة فيحمل قول المقرّ عليها لكونها الأدنى المتيقن. قال المصنف **(والأول أصح)** أي ما ذكر في الأصل هو الأصح قال في الكافي: والأول مذكور في المبسوط وهو الأصح، لأن استعماله في الديون أغلب وأكثر فكان العمل عليه أحرى وأجدر. وقال في معراج الدراية: والأول وهو أنه إقرار بالدين أصح، ذكره في المبسوط، وعلل بأن استعماله في الدين أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أولى انتهى. أقول: لقائل أن يقول: ينتقض هذا التعليل بما إذا قال لا حق لي قبل فلان فإنه لم يحمل هناك على الدين خاصة، بل جعل إبراء عن الدين والأمانة جميعاً بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك أيضاً. ثم أقول: يمكن دفع ذلك بإمكان الفرق بين المسألتين بأن إحداهما صورة الإثبات، ولما لم يتيسر جمع إثبات الدين وإثبات الأمانة في شيء واحد حمل على ما هو الأرجح منهما في هذه الصورة، وأما الأخرى فصورة النفي، ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الأمانة عن شيء حمل على نفيهما معاً

فلان تمراً في قوصرة: وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر أو ثوباً في منديل أو طعاماً في سفينة أو حنطة في جوالق لزماه، لأن غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف، وإن كان الثاني كقوله تمراً من قوصرة وثوباً من منديل وطعاماً من

أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين. قال: **(ومن أقرّ بدين مؤجل فصدقه المقرّ له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً)** لأنه أقرّ على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه فصار كما إذا أقرّ بعبد في يده وادعى الإجارة، بخلاف الإقرار بالدراهم السود لأنه صفة فيه وقد مرت المسألة في الكفالة. قال: **(ويستحلف المقرّ له على الأجل)**

في تلك الصورة. ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف في باب الوصية للأقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال: ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة. ثم قال: ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركاً فلم ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه انتهى كلامه. واعلم أنه كان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر أولاً ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الأصل، لأن الهداية شرح البداية التي تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدوري والزوائد عليها مذكورة على سبيل التفريع، إلا أن المصنف لما رأى الكلام المذكور في الأصل هو الأصح قدمه في الذكر، ولهذا لم يذكر في البداية غير ما ذكر في الأصل **(ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده)** وهذه كلها من مسائل الأصل. قال المصنف في تعليلها **(لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده)** لا في ذمته **(وذلك)** أي ما كان في يده **(يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما)** وهو الأمانة. توضيحه أن هذه المواضع محل للعين لا للدين، إذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة أدناهما فحمل عليها للتيقن بها، وهذا لأن كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين، ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الأماكن، فإذا كانت من خصائص العين تعينت الأمانة لما ذكرنا، ولأن هذه الكلمات في العرف والعادة تستعمل في الأمانات ومطلق الكلام يحمل على العرف، كذا في التبيين. فإن قلت: يشكل هذا بما إذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فإنه إقرار بالدين لا بالأمانة مع أن الأمانة أقلهما. قلت: تنوع اللفظ إلى الضمان والأمانة فيما فيه نحن إنما نشأ من لفظ واحد، وفي تلك المسألة من لفظين، والأصل أن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين فإذا جمع بينهما في الإقرار ترجح الدين، كذا في المبسوط. قال في النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط: وهذا المعنى وهو أن استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لما يوجب الأمانة ممكن لا على العكس لأنه حينئذ يلزم استعارة الأدنى للأعلى، وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق، وأما في الأول فكان فيه استعارة الأعلى للأدنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق، والاستعارة إنما تصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد المحتمل للشيئين، بل إنما ينظر فيه إلى ما هو الأعلى المحتمل والأدنى المتيقن فيحمل على الأدنى المتيقن لثبوته يقيناً انتهى. **(ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها فهو إقرار)** هذا كله لفظ القدوري في مختصره: يعني أن ما ذكره المجيب في هذه الصور كلها يكون إقراراً بالمدعي، لأن ما خرج جواباً إذا لم يكن كلاماً مستقلاً كان راجعاً إلى المذكور أوّلاً فكأنه أعاده بصريح لفظه، فلما قرن كلامه في الأول والثاني بالكناية رجع إلى المذكور في الدعوى وإليه أشار المصنف بقوله **(لأن الهاء في الأول والثاني)** أي في قوله اتزنها وفي قوله انتقدها **(كناية عن المذكور في الدعوى فكأنه قال)** في الأول **(اتزن الألف التي لك عليّ)** وفي الثاني انتقد الألف التي لك عليّ فصار كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد أخرجه مخرج الجواب **(حتى لو لم يذكر حرف الكناية)** يعني الهاء

سفينة لم يلزم إلا المظروف، لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقراراً بغصب المنزوع، ومن أقرّ بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت ردهما في درهم لم يلزمه الثاني، لأن الثاني لما لم يصلح ظرفاً للأول لغا آخر كلامه. ومن أقرّ بغصب دابة في أصطبل لزمه الدابة خاصة: يعني أن الإقرار إقرار بهما جميعاً، لكن لا يلزمه إلا ضمان الدابة خاصة عند أبي حنيفة وأبي

لأنه منكر حقاً عليه واليمين على المنكر (وإن قال له عليّ مائة ودرهم لزمه كلها دراهم. ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد، والمرجع في تفسير المائة إليه) وهو القياس في الأول، وبه قال الشافعي لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيراً لها فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني. وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين. وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون، أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا

(لا يكون) كلامه (إقراراً) بالمدعي (لعدم انصرافه) أي لعدم انصراف كلامه (إلى المذكور) أي إلى المذكور في الدعوى لكونه مستقلاً بنفسه، فكأنه قال: اقعد وزّانا للناس أو نقاداً لهم دراهمهم واكتب المال ولا تؤذني بالدعوى الباطلة (والتأجيل إنما يكون في حق واجب) هذا إشارة إلى تعليل كون قوله أجلني بها إقراراً، يعني أن التأجيل إنما يكون في حق واجب لأنه للترفيه فاقتضى ذلك أن يكون طلب التأجيل بحق واجب (والقضاء يتلو الوجوب) أي يتبع الوجوب هذا إشارة إلى تعليل كون قوله قد قضيتكها إقراراً: يعني أن القضاء يقتضي سبق الوجوب لأنه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه، فلما ادعى قضاء الألف صار مقرّاً بوجوبها (ودعوى الإبراء) بأن قال أبرأتني منها (كالقضاء) أي كدعوى القضاء (لما بينا) أشار به إلى قوله والقضاء يتلو الوجوب: يعني أن الإبراء أيضاً يتلو الوجوب لأن الإبراء إسقاط، وهذا إنما يكون في مال واجب عليه، كذا في الكافي. أقول: هاهنا إشكال، وهو أنه قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتاب الإقرار على أن قول المدعى عليه بالألف للمدعي قد قضيتكها أو أبرأتني منها إقرار بوجوب الألف عليه. وقالوا في تعليل هذا: إن القضاء يتلو الوجوب، وكذا الإبراء يتلوه. وقد صرحوا في كتاب الدعوى في أكثر المعتبرات وفي مسائل شتى من كتاب القضاء في الهداية والوقاية بأن المدعى عليه بالألف لو قال للمدعي ليس لك عليّ شيء قط أو ما كان لك عليّ شيء قط ثم ادعى قضاء تلك الألف للمدعي، أو ادعى إبراء المدعي إياه من تلك الألف وأقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند أصحابنا سوى زفر، وقالوا في تعليل ذلك: إن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعاً للخصومة، حتى قال المصنف هناك: ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي، ولم يعتبروا قول زفر هناك القضاء يتلو الوجوب، وكذا الإبراء، وقد أنكره فيكون مناقضاً فكان بين كلاميهم المقررين في المقامين تدافع لا يخفى فتدبر (وكذا دعوى الصدقة والهبة) يعني لو قال تصدقت بها عليّ أو وهبتها لي كان ذلك أيضاً إقراراً منه (لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب) يعني أن الصدقة والهبة من قبيل التمليك، فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون إلا بعد وجوب المال في ذمته كما لا يخفى (وكذا لو قال أحلتك بها على فلان) أي كان هذا القول منه أيضاً إقراراً (لأنه تحويل الدين) من ذمة إلى ذمة، وذا لا يكون بدون الوجوب، وكذا لو قال والله لا أقضيكها اليوم أو لا أتزنها لك اليوم لأنه نفي القضاء والوزن في وقت بعينه، وذلك لا يكون إلا بعد وجوب أصل المال عليه، فأما إذا لم يكن أصل المال واجباً

يوسف، وكذا إذا قال غصبت منه طعاماً في بيت لأن الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب، والإصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لأنهما غير منقولين، والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل، وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في الإقرار لأنه يرى بغصب العقار. والنصل حديدة السيف، والجفن الغمد، والحمائل جمع حمالة بكسر

قوله: (لاقتضائه المغايرة) أقول: أي لاقتضاء العطف المغايرة، بخلاف التفسير فإنه يقتضي الاتحاد قوله: (واكتفوا بذكره عقيب العددين الخ) أقول: لا يخفى عليك أن الاكتفاء عقيب العددين لا يختص بما ثبت ديناً في الذمة في جميع المعاملات، بل يعم لمثل الثوب والشاة وغيرهما، ثم ما نحن فيه لم يذكر فيه عددان فلا يناسب هذا الكلام ظاهراً قال المصنف: (ووجهه أن القوصرة الخ) أقول:

يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة. (وكذا إذا قال مائة وثوبان) لما بينا (بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبها تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثياباً. قال: (ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره في الأصل بقوله غصبت تمراً في قوصرة. ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف له، وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا

عليه فالقضاء يكون منتفياً أبداً فلا يحتاج إلى تأكيد نفي القضاء باليمين لأنه في نفسه منتف، كذا في المبسوط. ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فأومأ برأسه بنعم لا يكون إقراراً، لأن الإشارة من الأخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره، كذا في الكافي وغيره (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقرّ له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً) هذا عندنا، وقال الشافعي: لزمه الدين مؤجلاً لأنه أقرّ بمال موصوف بأنه مؤجل إلى وقت فيلزمه بالوصف الذي أقرّ به، وهذا ليس بشيء لأن الأجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذي هو حق الدائن ولكنه مؤخر للمطالبة إلى مضيه، فكان دعواه الأجل كدعواه الإبراء، كذا ذكر في باب الاستثناء من المبسوط. قال المصنف في تعليل قول أصحابنا (لأنه) أي لأن المقر بدين مؤجل (أقرّ على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه) أي في ذلك المال فيصدق في الإقرار بلا حجة دون الدعوى (فصار) أي فصار المقرّ في هذه الصورة (كما إذا أقرّ) لغيره (بعبد في يده) أي بعبد كائن في يد نفسه بأنه ملك ذلك الغير (وادعى الإجارة) أي ادعى أنه استأجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقرّ له في الملك دون الإجارة فإنه لا يصدق هناك في دعوى الإجارة، فكذا هاهنا في دعوى الأجل (بخلاف الإقرار بالدراهم السود) أي بخلاف ما لو أقرّ بالدراهم السود فصدقه في المقرّ له بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض (لأنه) أي لأن السواد (صفة فيه) أي في الدراهم أو فيما أقرّ به فيلزمه ما أقرّ به على الصفة التي أقرّ بها، وأما الأجل فليس بصفة في الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهر وقيم المتلفات، بل الأجل فيها أمر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط، والقول لمنكر العارض وقد أشار إليه بقوله (وقد مرت المسألة في الكفالة) فإنه قال في فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك عليّ مائة إلى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي، وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن. وقال: وجه الفرق أن المقرّ أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل، وفي الكفالة ما أقر بالدين فإنه لا دين عليه في الصحيح إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بالشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار، أما الأجل في الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ويستحلف المقر له) أي يستحلف المقر له في مسألتنا هذه (على الأجل) أي على إنكار الأجل (لأنه منكر حقاً عليه) فإن المقرّ يدعي عليه التأجيل وهو ينكر ذلك (واليمين على المنكر) بالحديث المشهور[1]. قال في

الحاء وهي علاقة السيف، والحجلة بيت يزين بالثياب والأسرة، والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب، وبقية كلامه يعلم من الأصل المذكور قوله: (لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب) قيل هو منقوض على أصله بأن قال غصبت

بخلاف قوله على درهم في قفيز حنطة فإنه يلزم الدرهم والقفيز باطل لأنه أقر بدرهم في الذمة، وما في الذمة لا يتصور أن يكون مظروفاً في شيء آخر. ووجه التفسير بما ذكره يعلم من هذا فليتأمل، والمسألة مذكورة في غاية البيان في شرح قوله له على خمسة في خمسة قوله: (ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك) أقول: أي أحدهما ظرفاً والآخر مظروفاً.

---

(١) «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» تقدم تخريجه في أول كتاب الدعوى.

الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق، بخلاف ما إذا قال غصبت تمراً من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون الإقرار بغصب المنزوع. قال: **(ومن أقرّ بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة)** لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما؛ ومثله الطعام في البيت. قال: **(ومن أقرّ لغيره بخاتم**

النهاية: وفي الذخيرة في الفصل الأول من كتاب الإقرار، ولا يبطل الإقرار بالحلف حتى أن من أقرّ لرجل ثم أنكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم أقام الطالب بينة على إقراره قضى له بالمقر به **(وإن قال له عليّ مائة ودرهم لزمه كلها دراهم)** وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة دراهم ذكره الإمام قاضيخان حيث قال في فتاواه: ولو قال له علي ألف ودرهم أو عليّ ألف ودرهمان أو ألف وثلاثة دراهم كان الكل دراهم انتهى **(ولو قال مائة وثوب)** أي ولو قال له عليّ مائة وثوب **(لزمه ثوب واحد، والمرجع في تفسير المائة إليه)** أي إلى المقرّ. قال المصنف **(وهو القياس في الأول)** يعني أن لزوم درهم واحد والرجوع في تفسير المائة إلى المقرّ هو القياس في الفصل الأول أيضاً وهو قوله له عليّ مائة ودرهم ونظائره **(وبه قال الشافعي)** أي وبالقياس أخذ الشافعي في هذا الفصل أيضاً **(لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها)** أي على المائة **(بالواو العاطفة لا تفسير لها)** لأن العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه **(فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني)** وهو قوله له عليّ مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير إلى البيان، ولكن، علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفصلين وأخذوا بالاستحسان في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما إذا قال له علي مائة ودرهم أو مائة ودينار أو مائة وقفيز حنطة أو مائة ومن زعفران. قال المصنف **(وجه الاستحسان وهو الفرق)** بين الفصلين **(أنهم)** أي أن الناس **(استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره)** أي بذكر الدرهم مرة **(عقيب العددين)** ألا يرى أنهم يقولون أحد وعشرون درهماً فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيراً للكل **(وهذا)** أي استثقالهم **(فيما يكثر استعماله وذلك)** أي كثرة الاستعمال **(عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك)** أي كثرة الوجوب بكثرة الأسباب **(في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون)** يعني فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة، ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى **(أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها)** فإن الثياب لا تثبت في الذمة ديناً إلا في السلم، والشاة ونحوها لا يثبت ديناً في الذمة أصلاً **(فبقي)** أي بقي هذا القسم **(على الحقيقة)** أي على الأصل وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل لا إلى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت هاهنا. أقول: في تقرير وجه الاستحسان على ما ذكره المصنف نظر، أما أولاً فلأن اكتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدي فيما نحن فيه إذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب أحد العددين، بل إنما ذكره عقيب عدد واحد وهو المائة، وأما ثانياً فلأنهم اكتفوا بذكر مثل الثوب أيضاً عقيب العددين؛ ألا يرى إلى ما سيأتي أنه إذا قال مائة وثلاثة أثواب يكون الكل أثواباً لانصراف التفسير إلى مجموع العددين؛ المبهمين المذكورين قبله، ويمكن أن يتمحل في الجواب بأن يقال: مراد المصنف أنهم استثقلوا تكرار المميز في كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة في بعض الأعداد روما للاختصار، ألا يرى أنهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الإطلاق والاطراد، وكذلك اكتفوا به في عدد واحد أيضاً فيما يكثر استعماله ودورانه في الكلام كما نحن فيه. نعم الأولى هاهنا أن يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين، ويقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكر في الكافي وغيره وهو أن قوله ودرهم بيان للمائة عادة لأن الناس استثقلوا تكرار

كرباساً في عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع أن عشرة أثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة قوله: **(على أن**

لزمه **الحلقة والفص)** لأن اسم الخاتم يشمل الكل **(ومن أقرّ له بسيف فله النصل والجفن والحمائل)** لأن الاسم ينطوي على الكل **(ومن أقرّ بحجلة فله العيدان والكسوة)** لانطلاق الاسم على الكل عرفاً **(وإن قال غصبت ثوباً في**

الدرهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة، وهذا فيما يكثر استعماله، وذا عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ودورانه في الكلام، وذا فيما يثبت في الذمة كالأثمان والمكيل والموزون، بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فإنه لا يكثر وجوبها وثبوتها في الذمة فبقيت على الأصل. قال في النهاية: وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذلك في قوله مائة وشاة. ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة، بخلاف العبيد فإنها لا تقسم قسمة واحدة، وما يقسم قسمة واحدة يتحقق في أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيراً للمبهم انتهى. ويوافقه ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: رجل قال لفلان عليّ ألف وعبد عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: يقرّ في الأول بما يشاء، ولو قال ألف وشاة أو ألف وبعير أو ألف وثوب أو ألف وفرس فهي ثياب وأغنام وأبعرة، ولا يشبه هذا بني آدم لأن بني آدم لا يقسم، إلى هنا كلامه. وقال الإمام الزيلعي في التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية: وهذا ليس بظاهر، فإن عندهما يقسم العبيد كالغنم، وإنما لا يقسمون عند أبي حنيفة رحمه الله انتهى، فتأمل. قال المصنف **(وكذا إذا قال مائة وثوبان)** أي يرجع في بيان المائة إلى المقر **(لما بينا)** من أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها **(بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب)** حيث يكون الكل ثياباً بالاتفاق **(لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف)** حتى يدل على المغايرة **(فانصرف إليهما)** أي فانصرف التفسير المذكور إلى العددين جميعاً **(لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكان كلها)** أي كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين **(ثياباً)** لا يقال: الأثواب جمع ثوب لا يصلح مميزاً للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد، كذا في الكافي والشروح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة)** القوصرة بالتخفيف والتشديد: وعاء التمر يتخذ من قصب، وقولهم إنما تسمى بذلك ما دام فيها التمر، وإلا فهي زنبيل مبني على عرفهم، كذا في المغرب. قال صاحب الجمهرة: أما القوصرة فأحسبها دخيلاً. وقد روى:

أفلح من كانت له قوصره   يأكل منها كل يوم مره

ثم قال: ولا أدري ما صحة هذا البيت، كذا في غاية البيان. قال المصنف **(وفسره في الأصل)** أي فسر الإقرار بتمر في قوصرة في الأصل وهو المبسوط **(بقوله)** أي بقول المقرّ **(غصبت تمراً في قوصرة. ووجهه)** أي وجه جواب هذه المسألة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعاً **(أن القوصرة وعاء له)** أي للتمر **(وظرف له)** أي للتمر **(وغصب الشيء وهو مظروف)** أي والحال أنه مظروف **(لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه)** أي فيلزم التمر والقوصرة المقرّ **(وكذا الطعام في السفينة)** أي وكذا الحكم فيما إذا قال غصبت الطعام في السفينة **(والحنطة في الجوالق)** أي وفيما إذا قال غصبت الحنطة في الجوالق، والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم، والجواليق بزيادة الياء تسامح، كذا في المغرب. والأصل في جنس هذه المسائل أن ما كان الثاني ظرفاً للأول ووعاء له لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق، وما كان للثاني مما لا يكون وعاء للأول نحو قولك غصبت درهماً في درهم لم يلزم الثاني لأنه غير صالح لأن يكون ظرفاً لما أقرّ بغصبه أولاً فلغا آخر كلامه، كذا في المبسوط وذكر في الشروح. أقول: يرد على

كل ثوب موعى وليس بوعاء) معناه أن الجميع ليس بوعاء للواحد، بل كل واحد منها موعى بما حواه، والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان ظاهراً، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغواً وتعين أول كلامه محملاً:

منديل لزماه جميعاً) لأنه ظرف لأن الثوب يلف فيه. **(وكذا لو قال علي ثوب في ثوب)** لأنه ظرف، بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لا ظرف **(وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند**

هذا الأصل النقض بما إذا أقرّ بدابة في إصطبل فإن اللازم على المقر هناك هو الدابة خاصة عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما سيأتي مع أنه لا ريب في أن الثاني فيه صالح لأن يكون ظرفاً للأول. ويمكن أن يقال: إن ذلك من باب التخلف لمانع، وقيل عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم كما صرحوا به في مواضع منها أول كتاب الوكالة **(بخلاف ما إذا قال غصبت تمراً من قوصرة)** يعني أن الحكم المذكور في كلمة في وأما الحكم في كلمة من فبخلافه **(لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقراراً بغصب المنزوع)** يعني أن كلمة من لابتداء الغاية فيكون إقراراً بأن مبدأ الغصب من القوصرة وإنما يفهم منه الانتزاع، كذا في الكفاية ومعراج الدراية أخذاً من الكافي. وقال في النهاية لأن كلمة من للتبعيض، فإنما يفهم منه الانتزاع انتهى. وقال في غاية البيان: ووجهه أن كلمة من يستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازمهما، لا أن معناه أن من موضوعة للانتزاع انتهى. أقول: الحق في توجيه كلام المصنف هاهنا ما ذهب إليه الفرقة الأولى لا ما ذهب إليه الفرقة الأخرى، لأن كلمة من في قول القائل غصبت تمراً من قوصرة لا تحتمل معنى التبعيض، إذ لا يصح أن يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض في ذلك القول. وأما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من في معنى التبعيض في موضع آخر فلا يجدي شيئاً هاهنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة، بخلاف من الابتداء فإن كلمة من في ذلك القول تحتمل الابتداء قطعاً فيتم التقريب جداً. وأما الحكم في كلمة على نحو أن يقول غصبت إكافاً على حمار فكان إقراراً بغصب الإكاف خاصة، والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه، وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضياً غصب المحل، كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقرّ بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة)** إنما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان إقراراً بالدابة خاصة لما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعاً، إلا أن اللزوم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في الدابة خاصة، وإليه أشار المصنف بقوله **(لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** لأن الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل عندهما، والإصطبل مما لا ينقل ولا يحوّل فلا يكون مضموناً بالغصب عندهما **(وعلى قياس قول محمد يضمنهما)** أي يضمن الدابة والإصطبل، لأن محمداً رحمه الله يرى غصب العقار فيدخلان في الضمان عنده كما يدخلان في الإقرار **(ومثله الطعام في البيت)** أي ومثل الإقرار بالدابة في الإصطبل الإقرار بالطعام في البيت. قال في المبسوط: ولو قال غصبت منك طعاماً في بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاماً في سفينة، لأن البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون إقراراً بغصب البيت والطعام، إلا أن الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لأنه مما لا ينقل ولا يحوّل، والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل، وإن قال لم أحوّل الطعام من موضعه لم يصدق في ذلك لأنه أقرّ بغصب تام، وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم أنقله راجعاً عما أقرّ به فلم يصدق فكان ضامناً للطعام، وفي قول محمد هو ضامن للبيت أيضاً إلى هنا لفظ المبسوط **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص)** قال المصنف في تعليله **(لأن اسم الخاتم يشمل الكل)** أي يتناول الحلقة والفص جميعاً ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية، فإذا تناولهما اسم الخاتم لزماه جميعاً بالإقرار بالخاتم **(وإن أقرّ له)** أي لغيره **(بسيف فله النصل)** وهو حديدة السيف **(والجفن)** وهو الغمد **(والحمائل)** جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف **(لأن الاسم)** يعني اسم السيف

يعني أن يكون «في» بمعنى البين قوله: **(لأن الضرب لا يكثر المال)** معناه أن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا في

أبي يوسف. وقال محمد: لزمه أحد عشر ثوباً) لأن النفيس من الثياب قد يلفّ في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف. ولأبي يوسف أن حرف «في» يستعمل في البين والوسط أيضاً، قال الله تعالى ﴿فادخلي في عبادي﴾ أي بين عبادي، فوقع الشك والأصل براءة الذمم، على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الأول محملاً. **(ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة)** لأن الضرب لا يكثر المال

(ينطوي) أي يشتمل **(على الكل)** عرفاً فله الكل **(ومن أقر بحجلة)** الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس: وهي بيت يزين بالثياب والأسرة والستور، كذا في الصحاح **(فله)** أي فللمقرّ له **(العيدان)** برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود **(والكسوة)** أي وله الكسوة أيضاً **(لانطلاق الاسم)** أي اسم الحجلة **(على الكل عرفاً)** فله الكل، وكذا لو أقرّ بدار أو أرض لرجل دخل البناء والأشجار إذا كانا فيهما حتى أن المقرّ لو أقام بينة بعد ذلك على أن البناء والأشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته، وكذا لو أقام بالخاتم بينة على أن الفص له لم تقبل بينته، وأما إذا قال هذا الخاتم لي وفصه لك، أو هذا السيف لي وحليته لك، أو هذه الجبة لي وبطانتها لك وقال المقرّ له الكل لي فالقول للمقرّ فبعد ذلك ينظر إن لم يكن في نزع المقرّ به ضرر للمقر يؤمر المقرّ بالنزع والدفع إلى المقرّ له، وإن كان في النزع ضرر فواجب على المقرّ أن يعطيه قيمة ما أقرّ به، كذا في الذخيرة **(وإن قال غصبت ثوباً في منديل لزماه جميعاً لأنه)** أي المنديل **(ظرف)** للثوب **(لأن الثوب يلف فيه)** وقد مر أن غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف **(وكذا)** أي وكذا الحكم **(لو قال عليّ ثوب في ثوب)** لزماه **(لأنه ظرف)** أي لأن الثوب الثاني ظرف للثوب الأول فيلزمه الثوبان جميعاً **(بخلاف قوله درهم في درهم)** أي بخلاف ما لو قال عليّ درهم في درهم **(حيث يلزمه واحد)** أي درهم واحد **(لأنه)** أي لأن قوله في درهم **(ضرب)** أي ضرب حساب **(لا ظرف)** كما لا يخفى **(وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف)** وفي الكافي وهو قول أبي حنيفة، وفي التبيين وهو قول أبي حنيفة أوّلاً **(وقال محمد: يلزمه أحد عشر ثوباً لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف)** يعني أن كلمة في حقيقة في الظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة هاهنا، لأن الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته في عشرة أثواب فلا يصار إلى المجاز. قيل هو منقوض على أصله، فإنه لو قال غصبته كرباساً في عشرة أثواب حرير يلزه الكل عند محمد في هذه الصورة أيضاً مع أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعاء للكرباس عادة، كذا في الشروح. قال في النهاية: وإليه أشار في المبسوط **(ولأبي يوسف أن حرف في يستعمل في البين والوسط أيضاً، قال الله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾** [الفجر: ٢٩] **أي بين عبادي فوقع الشك)** في أن المراد بحرف «في» هاهنا معنى الظرف أو معنى البين، وبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد **(والأصل براءة الذمم)** لأنها خلقت بريئة عرية عن الحقوق فلا يجوز شغلها إلا بحجة قوية ولم توجد فيما زاد على الواحد فلم يلزمه إلا ثوب واحد **(على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء)** يعني أن مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه، فإنه إذا لفّ ثوب في أثواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه، ولا يكون وعاء إلا الثوب الذي هو ظاهر فإنه وعاء وليس بموعى، فلفظة كل هاهنا لمجرد التكثير لا للاستغراق كما قالوا في نظائرها، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة في على الظرف في قوله ثوب في عشرة أثواب **(فتعين الأول)** أي المعنى الأول الذي هو البين **(محملاً)** بكلمة «في» في قوله المزبور فكأنه قال على ثوب بين عشرة أثواب ولم يلزمه بهذا المعنى إلا ثوب واحد. قال كثير من الشراح في حل هذا المقام: فإذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغواً وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية أن قال: وتعين أول كلامه محملاً: يعني أن

. . . .

وقال الحسن: يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق **(ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لأن اللفظ يحتمله (ولو قال له عليّ من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية، وقالا: يلزمه العشرة كلها)** فتدخل الغايتان. وقال زفر: يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان.

يكون في بمعنى البين انتهى. أقول: هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح، إذ لا يساعد كلام المصنف جعل آخر كلام المقرّ لغواً، فإن قوله فتعين الأول محمد يدل على أن لآخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أثواب محملاً متعيناً وهو معنى البين المذكور أوّلاً، فإذا تيسر لآخر كلامه بل تعين له محمل صحيح من المعاني المستعملة فيها كلمة في لم يصح جعل ذلك لغواً من الكلام، إذ يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما أمكن. ثم من العجائب ما زاده صاحب العناية، فإن قوله وتعين أول كلامه محملاً بعد قوله كان آخر كلامه لغواً يدل على أنه حمل على الأول في قول المصنف فتعين الأول محملاً على أول كلام المقر، وهذا مع كونه مما يأبى عنه جداً قيد محملاً ينافيه تفسيره بقوله يعني أن يكون في معنى البين، لأن الكون في بمعنى البين إنما يتصور في آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أثواب بدون أوّل كلامه وهو قوله عليّ ثوب إذ لا مساس له بمعنى البين أصلاً. واعلم أن الإمام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري: قد اشتبه عليّ في هذه المسائل كلها أن المراد من هذه المسائل كلها أن المظروف معين مشار إليه أم يستوي المعين والمنكر في ذلك، إلى أن ظفرت بالرواية بحمد الله تعالى. ومنه أنه يستوي فيه المعرّف والمنكر ويرجع في بيان المنكر إليه وهو ما قاله في المحيط، ولو قال غصبتك ثوباً في منديل فهو إقرار بغصب الثوب والمنديل ويرجع في البيان إليه، ولو قال درهم في درهم أو درهماً في طعام لم يلزمه إلا درهم، والأصل في هذه المسائل أن في متى دخلت على ما يصلح ظرفاً ويجعل ظرفاً عادة اقتضى غصبهما، وإلا فغصب الأول دون غيره، إلى هنا كلامه **(ولو قال لفلان عليّ خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأن الضرب لا يكثر المال)** يعني أن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا في تكثير المال وخمسة دراهم وزناً، وإن جعل ألف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط، على أن حساب الضرب في الممسوحات لا في الموزونات، كذا قالوا، ولأن حرف في للظرف حقيقة والدراهم لا تكون ظرفاً للدراهم، واستعماله في غير الظرف مجاز، والمجاز قد يكون بمعنى مع، قال الله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر: ٢٩] أي مع عبادي، وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى: ﴿ولأصلبنكم في جذوع النخل﴾ [طه: ٧١] أي على جذوع النخل، وليس أحدهما أولى من الآخر فلزمه خمسة بأول كلامه ولغا آخره، كذا في المبسوط وغيره **(وقال الحسن)** يعني الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة **(يلزمه خمسة وعشرون)** لأن الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند أهل الحساب وقد مرّ جوابه آنفاً. قال المصنف: **(وقد ذكرناه في الطلاق)** أي في باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق، ولم يذكر المصنف هذه المسألة ثمة صريحاً بل فهم ذلك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب، فعندنا يقع ثنتان وعنده يقع ثلاث، وإنما ذكر مسألة الإقرار صريحاً في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير، كذا في غاية البيان **(ولو قال أردت خمسة مع خمسة)** أي لو قال المقرّ أردت بقولي خمسة في خمسة خمسة مع خمسة **(لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله)** قال الله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر: ٢٩] قيل مع عبادي، كذا في الكافي، ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة أيضاً لأنه استعمل في بمعنى واو العطف، كذا في المبسوط. وقد ذكر المصنف في باب إيقاع الطلاق أنه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثنتين فهي ثلاث لأنه يحتمله، فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف، وإن نوى واحدة مع

. . . .

(ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء) وقد مرت الدلائل في الطلاق.

ثنتين يقع الثلاث لأن في يأتي بمعنى مع قال الله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر: ٢٩] ولو نوى الظرف يقع واحدة لأن الطلاق لا يصلح ظرفاً فيلغو ذكر الثاني، إلى هنا لفظه. قال صاحب النهاية: ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط أنه لو أراد بفي معنى على ما حكمه عند علمائنا. وذكر في الذخيرة أن حكمه أيضاً كحكم في، حتى لوقال لفلان عليّ عشرة في عشرة ثم قال عنيت به عليّ عشرة أو قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا ا هـ **(ولو قال له عليّ من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية، وقالا: يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان)** أي الابتداء والانتهاء **(وقال زفر: يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان)** قال في النهاية: والقياس ما قاله زفر، فإنه جعل الدرهم الأول والآخر حداً ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط إلى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الإقرار، فكذلك هاهنا لا يدخل الحدان. وأبو يوسف ومحمد قالا: هو كذلك في حدّ قائم بنفسه كما في المحسوسات فأما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لأنه إنما يتحقق كونه حداً إذا كان واجباً فأما ما ليس بواجب فلا يتصوّر أن يكون حداً لما هو واجب وأبو حنيفة يقول: الأصل ما قاله زفر من أن الحد غير المحدود، وما لا يقوم بنفسه حد ذكراً وإن لم يكن واجباً، إلا أن الغاية الأولى لا بد من إدخالها لأن الدرهم الثاني والثالث واجب ولا يتحقق الثاني بدون الأول، ولأن الكلام يستدعي ابتداء، فإذا أخرجنا الأول من أن يكون واجباً صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من أن يكون واجباً ثم الثالث والرابع وهكذا بعده، فلأجل هذه الضرورة أدخلنا فيه الغاية الأولى، ولا ضرورة في إدخال الغاية الثانية فأخذنا فيها بالقياس انتهى. والحاصل أن ما قاله أبو حنيفة في الغاية الأولى استحسان وفي الغاية الثانية قياس وما قالاه في الغايتين استحسان وما قاله زفر فيهما قياس كذا في مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده **(ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله)** أي للمقرّ له **(ما بينهما)** أي ما بين الحائطين **(وليس له من الحائطين شيء)** أي لا تدخل الغايتان في هذه الصورة بالاتفاق. قال المصنف **(وقد مرّت الدلائل)** أي دلائل هذه المسائل **(في الطلاق)** أي في باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه.

زيادة المال، وخمسة دراهم وزناً وإن جعلته ألف جزء لم يزد فيه وزن قيراط، وباقي كلامه ظاهر، وقد تقدم في كتاب الطلاق.

قوله: **(قيل هو منقوض على أصله)** أقول: إطلاق النقض ليس بموافق للاصطلاح، فإن اللازم قصور الدليل عن المدعي قال المصنف: **(فوقع الشك)** أقول: لتعارض الحقيقة لكلمة «في» والعادة، فإن الثوب الواحد لا يصان في عشرة أثواب عادة قال المصنف: **(على أن كل ثوب موعي الخ)** أقول: لفظة كل هاهنا للتكثير.

فصل

(ومن قال لحمل فلانة عليّ ألف درهم، فإن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح) لأنه أقرّ بسبب صالح لثبوت الملك له **(ثم إذا جاءت به في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الإقرار لزمه، فإن جاءت به ميتاً**

فصل

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها في فصل على حدة وألحق بها مسألة الخيار اتباعاً للمبسوط، كذا في الشروح **(ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم)** فهو لا يخلو عن ثلاثة أوجه، لأنه إما أن يبين سبباً أو لا يبين ذلك، فإن بين سبباً فإما أن يكون ذلك السبب صالحاً أو غير صالح، فإن كان صالحاً وهو الذي ذكره بقوله **(فإن قال أوصى بها)** أي بالألف **(له)** أي للحمل وهو الجنين **(فلان أو)** قال **(مات أبوه)** أي أبو الحمل **(فورثه)** أي ورث الحمل الألف أنث ضمير الألف أوّلاً باعتبار الدراهم، وذكره ثانياً لكون الألف مذكراً في الأصل. قال في القاموس: الألف من العدد مذكر، ولو أنث باعتبار الدراهم جاز انتهى **(فالإقرار)** في هذا الوجه **(صحيح لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له)** أي للحمل: يعني أنه بين سبباً صالحاً لثبوت الملك للحمل، فلو عايناه حكمنا بوجوب المال عليه، فكذلك إذا ثبت بإقراره، وهذا لأن الإقرار صدر من أهله مضافاً إلى محله ولم يتيقن بكذبه فيما أقرّ به فكان صحيحاً كما لو أقرّ به بعد الانفصال لأن الجنين أهل لأن يستحق المال بالإرث أو الوصية **(ثم إذا)** وجد السبب فلا بد من وجود المقرّ له عنده، فإن **(جاءت)** أي فلانة **(به)** أي بالولد **(في مدة يعلم بها أنه)** أي الولد **(كان قائماً)** أي موجوداً **(وقت الإقرار لزمه)** أي لزم المقرّ ما أقرّ به، والعلم بأن الولد كان موجوداً وقت الإقرار بطريقين أحدهما حقيقي والآخر حكمي. فالحقيقي ما إذا وضعته لأقل من ستة أشهر، والحكمي ما إذا وضعته لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت المرأة معتدة، إذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكماً بوجوده في البطن، وأما إذا لم تكن معتدة وجاءت به لأكثر من ستة أشهر فلم يستحق شيئاً كذا قالوا. ثم إن الشراح افترقوا هاهنا في تعيين أول مدة يعلم بها أن الولد كان موجوداً وقتئذ، فمنهم من ذهب إلى أنه من وقت الإقرار حيث قال بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما قال صدر الشريعة أيضاً في شرح الوقاية. ومنهم من ذهب إلى أنه من وقت موت الموصي أو المورث حيث قال بأن وضعته لأقل من ستة أشهر مذ مات المورث والموصي ما قاله صاحب الكافي، وذكر في المبسوط أيضاً أقول: القول الأول وإن كان أوفق بالمشروح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائماً وقت الإقرار إلا أن القول الثاني هو الموافق للتحقيق، وهو أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق لا إنشاء الحق ابتداء كما تقرر

فصل

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة وألحق بها مسألة الخيار اتباعاً للمبسوط، والله علم. قال: **(ومن قال لحمل فلانة عليّ ألف درهم الخ)** ومن أقرّ لحمل، فإما أن يبين سبباً أو لا، فإن بين فإما أن يكون سبباً صالحاً أو لا فإن كان صالحاً مثل أن يقول أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح لأنه بين سبباً لو عايناه حكمنا به فكذلك بإقراره. ثم إذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقرّ له عند الإقرار، فإن جاءت به لمدة يعلم فيها أنه كان قائماً: أي موجوداً وقت الإقرار بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لزمه، وإن جاءت به لأكثر إلى سنتين وهي معتدة فكذلك، وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة لم يلزمه، وكذا إن جاءت به ميتاً فالمال للموصي والمورث

فصل

قال المصنف: **(ومن قال لحمل فلانة الخ)** أقول: قال الإتقاني: لو أوصى لدابة رجل أن يعلف بعد موته جازت الوصية لأنها وصية لصاحب الدابة، لأن الدابة لا تصلح مستحقة فيصير ذكرها لتعيين المصرف انتهى. وفي المحيط في باب إقرار الصبي والمعتوه والسكران والأخرس والإقرار لهم: لو قال لدابة فلان علي ألف دراهم أو أوصى لها بالعلف واستهلكته يصح ويكون لصاحبها انتهى قوله: **(وألحق بها مسألة الخيار اتباعاً لما في المبسوط)** أقول: أي في إيراد مسألة الخيار عقيب مسائل الحمل، وإن خالف المبسوط حيث أوردهما في فصل واحد.

فالمال للموصي والمورِّث حتى يقسم بين ورثته) لأنه إقرار في الحقيقة لهما، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم

في صدر كتاب الإقرار، فإن مقتضى ذلك أن يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الإقرار، وسبب الملك فيما نحن فيه إنما يتحقق وقت موت الموصي أو المورث فلا بد أن يعتبر أول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصي أو المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك، فإنه إذا جاءت بالولد في مدة هي أقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وأكثر من سنتين من وقت موت الموصي أو المورث، أو أكثر من ستة أشهر إلى سنتين من وقت موت الموصي أو المورث في غير المعتدة، فالظاهر أنه لا يلزم المقر للحمل شيء، أما إذا جاءت به لأكثر من سنتين من وقت موت الموصي أو المورث فلأنه يتعين حينئذ أن الجنين لم يكن موجوداً عند تحقق سبب الملك فلم يكن أهلاً لاستحقاق المال، ولا يفيد كونه موجوداً عند مجرد الإقرار لأن الإقرار إخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا إنشاء الملك في الحال. وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين من وقت موت الموصي أو المورث في غير المعتدة فلأنه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجوداً عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال، ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شيء وإن كان موجوداً وقت الإقرار كما إذا بين سبباً غير صالح على ما سيأتي. لكن بقي هاهنا شيء على القول الثاني أيضاً وهو أنه إذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمي لا الحقيقي وذلك بأن وضعته لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم حينئذ بثبوت النسب فيكون ذلك حكماً بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصي. ولا يخفى أن الحكم بثبوت النسب إنما يكون فيما إذا ولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضي الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصي لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصي أكثر من سنتين ووقت الفراق أقل منهما. فإن قيل: اعتبر أول المدة في الطريق الحقيقي على القول الثاني من وقت موت المورث أو الموصي ففي الطريق الحكمي أيضاً كذلك فلا يتصوّر حينئذ أن يكون وقت موت المورث أو الموصي أكثر من سنتين وإلا لا يكون طريقاً للعلم بذلك أصلاً. قلنا: فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب رأساً حتى يكون ذلك حكماً بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصي لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصي أقل من سنتين ووقت الفراق أكثر منهما فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل **(فإن جاءت به)** أي إن جاءت فلانة بالولد **(ميتاً فالمال للموصي)** فيما إذا قال أوصى به له فلان **(والمورث)** فيما إذا قال مات أبوه فورثه **(حتى يقسم بين ورثته)** أي يقسم المال بين ورثة كل

يقسم بين ورثته، لأن هذا الإقرار في الحقيقة لهما، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل، وإن جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين إن كانا ذكرين أو أنثيين، وإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى ففي الوصية كذلك، وفي الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان السبب غير صالح مثل أن قال باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء لأنه بين مستحيلاً لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر، ولا حكماً لأنه لا يولي عليه. فإن قيل: كان ذلك رجوعاً وهو في الإقرار لا يصح. أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمداً أو خطأ ويد فلان صحيحة، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ للرضيع وبين السبب بذلك، لأنه إن لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصوّر ذلك حكماً بنائبه وهو القاضي أو من يأذن له القاضي، وإذا تصوّر بالنائب جاز للمقرّ إضافة الإقرار إليه وإن لم يبين سبباً، وهو المراد بقوله وإن أبهم الإقرار لم يصح عند

وفي المبسوط عقد لكل منهما باباً على حدة، فعنون مسائل الحمل بقوله باب الإقرار لما في البطن ومسائل الخيار بقوله باب الخيار قوله: (من وقت الإقرار لزمه) أقول: الصواب أن يقول من وقت موت الموصي والمورث كما قاله العلامة النسفي في الكافي حيث قال: قال في المبسوط: وهذا إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من حين مات الموصي والمورث حتى علم أنه كان موجوداً في ذلك الوقت، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئاً إلا أن تكون المرأة معتدة، فحينئذ إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكماً بوجوده في البطن حين مات الموصي والمورث انتهى. وذلك هو الموافق أيضاً لما سيجيء في كتاب الوصايا فراجعه

ينتقل (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما، ولو قال المقرّ باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء) لأنه بيّن مستحيلاً. قال: (وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف، وقال محمد: يصح) لأن الإقرار من الحجج فيجب إعماله وقد

واحد من الموصيّ والمورث (لأنه) أي لأن ما قاله (إقرار في الحقيقة لهما) أي للموصي والمورث (وإنما ينتقل) منهما (إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل) إليه هاهنا لأنه مات قبل الولادة (ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما) نصفين إن كانا ذكرين أو أنثيين، وإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى ففي الوصية كذلك، وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: وهذا إذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم وإناثهم في الاستحقاق والقسمة سواء. أقول: لا حاجة إلى هذا التقييد بالنظر إلى وضع المسألة، وهو: إن قال المقرّ مات أبوه فورثه فلهذا لم يتعرض له شراح الكتاب وصاحب الكافي وغيرهم، وأما بالنظر إلى مطلق الإرث فلا بد من التقييد وإن كان السبب غير صالح وهو الذي ذكره بقوله (ولو قال المقرّ باعني أو أقرضني) أي باعني الحمل أو أقرضني (لم يلزمه شيء لأنه بين مستحيلاً) أي لأن المقرّبين سبباً مستحيلاً في العادة، إذ لا يتصور البيع والإقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر، ولا حكماً لأنه لا ولاية لأحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافاً إليه من هذا الوجه، وإذا كان ما بينة من السبب مستحيلاً صار كلامه لغواً فلم يلزمه شيء، فإن قيل: فهذا يكون رجوعاً عن الإقرار والرجوع عن الإقرار لا يصح وإن كان موصولاً. قلنا: ليس كذلك، بل هو بيان سبب محتمل وقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلاً فكان كلامه هذا بياناً لا رجوعاً فلهذا كان مقبولاً منه، كذا في المبسوط وأكثر الشراح. قال في العناية: أجيب بأنه ليس برجوع، بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمداً أو خطأً ويد فلان صحيحة انتهى. أقول: فيه بحث، لأنه إن ظهر كذبه فإنما ظهر في بيان ذلك السبب الغير الصالح لا في أصل إقراره، وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعاً عن أصل إقراره الواقع في أول كلامه لجواز أن يكون صادقاً في إقراره بأن كان له سبب صالح في نفس الأمر ولكن قصد الرجوع فبين سبباً مستحيلاً، بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فإنه كاذب هناك في أصل إقراره بيقين، فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره. فإن قلت: كما أن البيع والإقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع، ومع ذلك لو أقرّ بأن عليه ألف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع أو الإقراض أو الإجارة فإنه صحيح يؤاخذ به. قلت: الرضيع وإن كان لا يتجر بنفسه لكنه من أهل أن يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه، وكذلك الإقراض وإن كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي أو الأب بإذن القاضي، وإذا

أبي يوسف وصححه محمد، لأن الإقرار إذا صدر من أهله مضافاً إلى محله كان حجة يجب العمل بها، ولا نزاع في صدوره عن أهله لأنه هو المفروض وأمكن إضافته إلى المحل بحمله على السبب الصالح حملاً لكلام العاقل على الصحة، كالعبد المأذون إذا أقر بدين فإن إقراره وإن احتمل الفساد بكونه صداقاً أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحاً تصحيحاً لكلام العاقل. ولأبي يوسف أن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه فأخذ به الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به. ومن أقرّ بحمل جارية أو

قوله: (وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين) أقول: إذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم وإناثهم في الاستحقاق والقسمة سواء قوله: (فإن قيل كان ذلك رجوعاً الخ) أقول: أنت خبير بأن هذا السؤال إنما يتوهم وروده على مذهب محمد لا على رأي أبي يوسف فإنه لا يصح الإقرار إذا أبهم حتى يكون بيان السبب المستحيل رجوعاً قوله: (أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين الخ) أقول: في مبسوط شمس الأئمة. قلنا: لا كذلك بل هو بيان لسبب محتمل، فقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه وتبين سببه، ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلاً فكان كلامه بياناً لا

أمكن بالحمل على السبب الصالح. ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرّح به. قال: (ومن أقرّ بحمل جارية أو حمل شاة

تصور ذلك من نائبه جاز للمقرّ إضافة الإقرار إليه لأن فعل النائب قد يضاف إلى المنوب عنه، كذا في النهاية وغيرها، وإن لم يبين سبباً أصلاً وهو المراد بقوله **(وإن أبهم الإقرار لم يصح)** أي الإقرار **(عند أبي يوسف)** قيل وأبو حنيفة معه، وبه قال الشافعي في قول **(وقال محمد: يصح)** وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد **(لأن الإقرار من الحجج)** الشرعية **(فيجب إعماله)** مهما أمكن، وذلك إذا صدر من أهله مضافاً إلى محله **(وقد أمكن)** إعماله هاهنا، إذ لا نزاع في صدوره عن أهله لأنه هو المفروض وأمكن إضافته إلى محله **(بالحمل على السبب الصالح)** وهو الميراث أو الوصية تحرياً للجواز وتصحيحاً لكلام العاقل كالعبد المأذون له إذا أقر بدين فإن إقراره وإن احتمل الفساد بكونه صداقاً أو دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان جائزاً تصحيحاً لكلام العاقل **(ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه)** أي مطلق الإقرار **(ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين في الشركة عليه)** أي على الإقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الإقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وأرش الجناية حتى يؤاخذ به العبد المأذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال، وفي الإقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر أبداً، كذا في المبسوط **(فيصير)** أي فيصير المقرّ فيما إذا أبهم بدلالة العرف **(كما إذا صرح به)** أي بسبب التجارة، ولو صرح به كان فاسداً، فكذا إذا أبهم. قال في النهاية: ولأبي يوسف وجهان: أحدهما ما ذكر في الكتاب، والثاني ما ذكر في الذخيرة فقال: إن هذا إقرار صدر من أهله لأهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله، إلا أن حمله على الجواز متعذر لأن الجواز له وجهان: الوصية، والميراث، والجمع بينهما متعذر، وليس أحدهما بأن يعتبر سبباً أولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد، ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبداً بألف درهم فقبضه المشتري نقد الثمن ثم باعه المشتري مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسمائة وقيمتهما على السواء كان البيع في الذي اشترى من البائع فاسداً وإن احتمل الجواز لأن للجواز وجهين، بأن يصرف إليه مثل الثمن أو أكثر، والجمع بينهما متعذر، وليس أحدهما بأولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا، بخلاف العبد المأذون إذا أقرّ حيث يجوز لأن للجواز جهة واحدة وهي التجارة وللفساد جهات، وهذا بخلاف ما لو بيّن سبباً يستقيم به وجوب المال للجنين وصية أو ميراثاً حيث كان الإقرار صحيحاً لأن جهة الجواز متعينة، وهي ما صرح به فكان محكوماً بالجواز انتهى كلامه. أقول: الوجه الذي ذكر في الذخيرة منظور فيه، أما أوّلاً فلأنا لا نسلم أن كون كل واحد من الوصية والميراث وجهاً صالحاً لجواز الإقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما، وعدم تعين واحد منهما في صورة إبهام الإقرار له يقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه مّا من الوجهين المذكورين للجواز وإن لم يتعين خصوصية واحد منهما؛ ألا يرى أن جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الإقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقرّ به؟ غاية الأمر أن يلزم المقرّ بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقرّ به المجهول، فمن أين يلزم الحكم بالفساد. وأما ثانياً: فلأن ذلك الدليل منقوض بما إذا قال لرجل

حمل شاة لرجل صح الإقرار ولزمه، لأن له وجهاً صحيحاً لأن الجارية كانت لواحد أوصى بحملها لرجل ومات والمقرّ وارثه وورث الجارية عالماً بوصية مورثه، وإذا صح ذلك وجب الحمل عليه، ولا وجه للميراث في هذه الصورة لأن من له ميراث

رجوعاً فلهذا كان مقبولاً منه انتهى. ومن هذا الجواب يعلم أن قوله بل ظهور كذبه بيقين محل كلام، وإن شئت زيادة تفصيل فراجع إلى ما قالوا في توجيه قوله عليه الصلاة والسلام «كل ذلك لم يكن في جواب ذي اليدين» قوله: **(فيصير بدلالة العرف الخ)** أقول: ويمكن أن يقال دلالة العرف فيما يتصور فيه سببية التجارة، وأما فيما نحن فيه فلا نسلم تلك الدلالة فليتأمل.

لرجل صح إقراره ولزمه) لأن له وجهاً صحيحاً وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه. قال: **(ومن أقرّ بشرط**

لك عليّ ألف درهم ولم يبين سببه، فإن هذا إقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع أنه يحتمل الجواز وهو ظاهر، والفساد بأن يكون بسبب ثمن خمر أو خنزير أو دم أو ميتة. ولا شك أن لجواز الدين أسباباً كثيرة متعذرة الاجتماع ليس أحدهما أولى من الآخر. وأما ثالثاً: فلأن التنظير المذكور فيه ليس بتام، لأن الجهالة في مسألة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه من البائع فإنه لما جاز بيعه بوجهين بأن يصرف إليه مثل الثمن الأول وبأن يصرف إليه أكثر من الثمن الأول ولم يتعين أحد ذينك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة بلا كلام، بخلاف جهالة السبب في الإقرار كما تحققته، على أن التعليل فساد البيع في تلك المسألة بما ذكر ليس بتام أيضاً لأنه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له، فإن لجواز بيعه أيضاً وجهين: بأن يصرف إليه ما بقي من مثل الثمن الأوّل للعبد المشتري من البائع، أو ما بقي من أكثر منه، فإنه إذا صرف إلى أحد العبدين شيء من الثمن المسمى لهما يكون الباقي منه مصروفاً إلى الآخر ضرورة، فتعدد وجه الجواز في أحدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر أيضاً مع أن بيع عبد آخر له في المسألة المزبورة ليس بفاسد إجماعاً، وينتقض أيضاً بصحة بيع العبدين جميعاً فيما إذا باع العبد المشتري بألف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسمائة، فإن التعليل المذكور يجري في هذه الصورة أيضاً بعينه بل مع زيادة لأنه يجوز أن يصرف إلى العبد المشتري من البائع في هذه الصورة أقل من الثمن الأول، بخلاف الصورة الأولى فازداد في هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها. ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشتري من البائع في الصورة الأولى بوجه آخر لا يرد عليه شيء مّا من مادتي النقض فتأمل وراجع محلها **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقرّ بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه)** أي لزم المقرّ ما أقرّ به **(لأن له)** أي لإقراره **(وجهاً صحيحاً وهو الوصية به)** أي بالحمل **(من جهة غيره)** أي غير المقرّ بأن أوصى بالحمل مالك الجارية ومالك الشاة لرجل ومات فأقرّ وارثه وهو عالم بوصية مورثه بأن هذا الحمل لفلان، وإذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله **(فحمل عليه)** قال الشراح: ولا وجه للميراث في هذه الصورة لأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل. أقول: ليس الأمر كذلك، فإن الفقهاء صرّحوا بأن من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء، وستأتي المسألة بعينها في كتاب الوصايا من هذا الكتاب، فحينئذ يجوز أن يوصي مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثني حملها ويموت، فإذن تصير الحامل للموصي له والحمل لوارث الميت، فلو أقر الموصي له بعد أن قبض الحامل باستحقاقه إياها بأن حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح إقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث، فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث في هذه الصورة ولا لتعليلهم إياه بأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل، تأمل جداً فإن ما ذكرته وجه حسن دقيق لم يتنبه له الجمهور. ثم أقول: يشكل بهذه المسألة الوجه الذي ذكر في الكتاب وفي المبسوط من قبل أبي يوسف رحمه الله في المسألة الأولى في صورة إبهام الإقرار، فإن مطلق الإقرار لم يصرف هاهنا إلى الإقرار بسبب التجارة بأن يبيع الحمل من المقرّ له وبنحو ذلك من الأسباب الغير الصالحة في حق الحمل بل صرف عندهم جميعاً إلى الإقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكره في ذلك الوجه من أن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة فيصير كما إذا صرح به فتدبر، وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لأبي يوسف بين هذه المسألة والمسألة الأولى فقال صاحب الغاية: والفرق لأبي يوسف بين

في الحمل له ميراث في الحامل أيضاً. ومن أقرّ لرجل بشيء على أنه بالخيار في إقراره لثلاثة أيام فالإقرار صحيح يلزم به ما أقرّ به لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله عليّ ونحوه، والخيار باطل لأن الخيار للفسخ والإخبار لا يحتمله، لأن الخبر إن كان

الخيار بطل الشرط) لأن الخيار للفسخ والإخبار لا يحتمله **(ولزمه المال)** لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا

هذه المسألة حيث جوّز الإقرار بالحمل وبين المسألة الأولى حيث لم يجوز الإقرار للحمل إذا أبهم الإقرار أن هاهنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية، بخلاف الأولى فإن طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث الوصية، وإلى ذلك أشار محمد في الأصل لأبي يوسف قال: أرأيت لو ولدت غلاماً وجارية كيف يقسم المال بينهما؟ أثلاثاً باعتبار الميراث، أم نصفين باعتبار الوصية؟ ففيه إشارة إلى أن جواز الإقرار متعذر لاحتماله وجهين إرثاً ووصية انتهى. وقال صاحب النهاية: قد ذكرنا آنفاً أنه إذا كانت جهة الجوار متعذرة لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تكن إحداهما في الحمل عليها بأولى من الأخرى، وأما إذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الإقرار به كما في هذه المسألة فإن مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل عليه غير صحيح، لأن الوارث إذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب أيضاً في الأم لشيوع حقه في جميع التركة. وأما الوصية بجمل جارية أو بجمل شاة لا تكون وصية بالأم فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز، وهذا هو الفرق لأبي يوسف في صحة إقراره مطلقاً بحمل جارية لإنسان وعدم صحة إقراره مطلقاً للحمل لما ذكرنا أن هناك لصحة إقراره مطلقاً جهتين الميراث والوصية، وليس إحداهما أولى من الأخرى فيبقى على البطلان انتهى. وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية أيضاً. أقول: مدار ما ذكروه من الفروق على حرفين: أحدهما أن تعدد جهة الجواز ينافي الحمل على الجواز. وثانيهما أن جهة الجواز في هذه المسألة منحصرة في الوصية، وقد عرفت ما في كل واحد منهما بما ذكرناه في المقامين فيما مر آنفاً **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقرّ بشرط الخيار بطل الشرط)** يعني ومن أقرّ لرجل بشيء على أنه بالخيار في إقراره ثلاثة أيام صح الإقرار وبطل الشرط. أما بطلان الشرط وهو الأهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله **(لأن الخيار للفسخ)** أي لأجل الفسخ **(والإخبار لا يحتمله)** أي لا يحتمل الفسخ: يعني أن الإقرار إخبار والإخبار لا يحتمل الفسخ، لأن الخبر إن كان صادقاً فهو واجب العمل به اختاره أو لم يختره، وإن كان كاذباً فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره، وإنما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وإمضائه، وأما صحة الإقرار التي حكمها لزوم المقرّ به كما أشار إليه بقوله **(ولزمه المال)** أي ولزم المقرّ المال الذي أقرّ به فلما ذكره بقوله **(لوجود الصيغة الملزمة)** وهي قوله علي ونحن ذلك **(ولم ينعدم)** أي اللزوم، وقيل: أي الإخبار **(بهذا الشرط الباطل)** يعني شرط الخيار إذ لا تأثير للباطل، ولأن الخيار معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار، إلا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمنع كون الكلام إقراراً والخيار يدخل على حكم السبب، فإذا لغا بقي حكم الإقرار وهو اللزوم، كما أن التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه، كذا في المبسوط وغيره. قال في المحيط البرهاني: هذا إذا أقرّ بالمال مطلقاً ولم يبين السبب، فأما إذا بين السبب بأن قال لفلان عليّ ألف درهم من قرض أو غصب بعينه أو مستهلك أو وديعة بعينها أو مستهلكة علي أني بالخيار فالخيار باطل والمال لازم، لأنه وإن بين السبب إلا أن اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح، لأن سبب الوجوب إن كان استهلاكاً فالاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه، وإن كان قرضاً أو غصباً بعينه أو وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وإن كان قابلاً للفسخ بالردّ لأن حق الفسخ للمقرّ ثابت من غير خيار بأن يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة. ولو قال لفلان عليّ ألف درهم من ثمن مبيع على أن المقرّ بالخيار لم

صادقاً بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره، وإن كان كاذباً لم يتغير باختياره وعدم اختياره، وإنما تأثيره في العقود لتتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وإمضائه.

الشرط الباطل، والله أعلم.

يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل في جانب المقرّ، إنما ذكره في جانب المقرّ له، ولا شك أن المقرّ له إذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لأنه في الحاصل يدعي شراء بشرط الخيار وقد أنكر البائع الخيار، ولا شك أنه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لأن هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب وهو الشراء، واشتراط الخيار في الشرا مستقيم، بخلاف ما إذا ذكر المال مطلقاً ولم يبين السبب لأن هناك المال مشروط في الإقرار، واشتراط الخيار في الإقرار لا يستقيم، فإن كذبه المقرّ له في الخيار فأراد هو أن يقيم بينة على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل. قالوا: ويجب أن لا تسمع بينته لأن البينة إنما تسمع إذا ترتبت على دعوى صحيحة، ودعوى الخيار من المقر هاهنا لم تصح لمكان المناقضة، إلى هنا لفظ المحيط.

باب الاستثناء وما في معناه

قال: (ومن استثنى متصلاً بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي) لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي لكن لا

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير شرع في بيان موجبه مع الغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيراً كالشرط وغيره لأن الأصل عدم التغيير **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن استثنى متصلاً بإقراره)** أي موصولاً بإقراره لا مفصولاً عنه **(صح الاستثناء ولزمه الباقي)** أي لزم المقرّ الباقي بعد الثنيا **(لأن الاستثناء مع الجملة)** أي صدر الكلام **(عبارة عن الباقي)** فإن معنى قوله عليّ عشرة إلا واحداً معنى على تسعة لما عرف في الأصول **(ولكن لا بد من الاتصال)** لأن الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل، وهذا قول عامة العلماء. ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضاً في الأصول **(وسواء استثنى الأقل)** أي الأقل كما في قوله لفلان عليّ ألف إلا أربعمائة **(أو الأكثر)** منه كما في قوله لفلان عليّ ألف إلا ستمائة: يعني لا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضاً قول الأكثر. وفي العناية: وقال الفراء: استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم بذلك. وفي معراج الدراية: وقال الفراء: لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل. وعن أحمد مثله انتهى. وفي الكافي وعن أبي يوسف وهو قول مالك والفراء: أنه لا يصح استثناء الأكثر انتهى. ويوافق ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال: وأما إذا قال لفلان عليّ ألف إلا تسعمائة وخمسين درهماً فإن الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهماً، وهذا عندنا وعند مالك والفراء، وهو قول أبي يوسف على ما روي عنه في غير رواية الأصول لا يصح استثناء الأكثر ويلزمه الألف لأن المستثنى أكثر من المستثنى منه انتهى. قال جماعة من الشراح: والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى - قم الليل إلا قليلاً. نصفه أو انقص منه قليلاً أو زد عليه أقول: في كون هذه الآية الكريمة دليلاً على جواز استثناء الأكثر نظر، لأن صاحب الكشاف قال في تفسيرها: نصفه بدل من الليل، وإلا قليلاً استثناء من النصف، كأنه قال: قم أقل من نصف الليل، ثم قال: وإن شئت جعلت نصفه بدلاً من قليلاً، فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الأكثر، أما على الوجه الأول فلأن المستثنى لا يكون حينئذ قدراً معيناً مخصوصاً حتى يحكم بأنه أكثر من الباقي. نعم يعلم حينئذ أنه أقل من النصف لكن يجوز أن يكون ذلك أقل من الباقي أيضاً، وأما على الوجه الثاني فلأن المستثنى يكون حينئذ والنصف لا الأكثر، والمدعي جواز استثناء الأكثر، فالأظهر في الاستدلال عليه ما ذكر في كثير من الشروح، وهو أن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيراً وهو الشرط. والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل، وهو الإخراج والتكلم بالباقي، ومنفصل وهو ما لا يصح إخراجه قال: **(ومن استثنى متصلاً بإقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي)** أما لزوم الباقي فلأن الاستثناء مع الجملة: أي الصدر عبارة عن الباقي لأن معنى قوله عليّ عشرة إلا درهماً معنى قوله على تسعة لما عرف في الأصول. وأما اشتراط الاتصال فإنه قول عامة العلماء. ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضاً في الأصول، ولا فصل بين كون المستثني أقل أو أكثر، وهو أيضاً قول الأكثر. وقال الفراء: استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم بذلك، والدليل على جوازه قوله تعالى: ﴿قم الليل إلا قليلاً نصفه أو انقص منه قليلاً أو زد عليه﴾ واستثناء الكل باطل لما ذكرنا أنه تكلم بالحاصل بعد

باب الاستثناء وما في معناه

قوله تعالى: ﴿قم الليل إلا قليلاً نصفه﴾ أقول: قوله نصفه بدل من قليلاً.

بد من الاتصال، **(وسواء استثنى الأقل أو الأكثر، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء)** لأنه تكلم

وراء المستثنى، ولا فرق في ذلك بين استثناء الأقل والأكثر، وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته إذا كان موافقاً لطريقهم، ألا يرى أن استثناء الكسر لم تتكلم به العرب وكان صحيحاً، ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما استثناء الكثير من القليل بأن قال لفلان عليّ عشرة دراهم إلا تسعة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم، إلا ما روي عن أبي يوسف أنه لا يصح وعليه العشرة. والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن المنقول عن أئمة اللغة أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل، إلا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لأنهم إنما وضعوا الاستثناء لحاجتهم إلى استدراك الغلط، ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حجة إلى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح، انتهى كلامه. ثم إن لجواز استثناء الأكثر دليلاً آخر قوياً ذكره ابن الحاجب في مختصره من أصول الفقه، وهو قوله تعالى: ﴿إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين﴾ [الحجر: ٤٢] فإن الغاوين أكثر بدليل قوله تعالى: ﴿وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين﴾ [يوسف: ١٠٣] **(فإن استثنى الجميع)** أي الكل بأن قال لفلان عليّ ألف درهم إلا ألف درهم **(لزمه الإقرار)** أي لزم المقرّ جميع ما أقرّ به **(وبطل الاستثناء)** أي بطل ما ذكره في صورة الاستثناء **(لأنه)** أي لأن الاستثناء **(تكلم بالحاصل بعد الثنيا)** أي بالباقي بعد الثنيا **(ولا حاصل بعده)** أي ولا باقي بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء **(فيكون رجوعاً)** أي فيكون ما ذكره في صورة الاستثناء رجوعاً عن الإقرار لا محالة لا استثناء حقيقياً، والرجوع عن الإقرار في حقوق العباد باطل وإن كان موصولاً، لأنه إنما يصح موصولاً ما يكون فيه معنى البيان لأول كلامه، والإبطال ليس من البيان في شيء، كذا في المبسوط وغيره. قال في غاية البيان: وكذلك إذا استثنى أكثر من الألف لأنه لما لم يجز استثناء الألف من الألف فلأن لا يجوز استثناء الألف وزيادة أولى. قال المصنف **(وقد مرّ الوجه في الطلاق)** أي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق. اعلم أن هذا الذي ذكره فيما إذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه، وأما إذا كان من غير جنسه صح الاستثناء وإن أتى على جميع المستثنى منه أن يقول نسائي طوالق إلا هؤلاء وليس له نساء إلا هؤلاء يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن، ولو قال نسائي طوالق إلا نسائي لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن، وكذا لو قال عبيدي أحرار إلا عبيدي لم يصح الاستثناء وعتقوا كلهم، ولو قال عبيدي أحرار إلا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم، وكذلك لو قال أوصيت بثلث مالي إلا ألف درهم ومات وثلث ماله ألف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية، ولو قال أوصيت بثلث مالي لفلان لا ثلث مالي كان للموصي له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء، كذا في شرح الطحاوي. ولقد أفصح المصنف عن هذا في الباب الأول من أيمان الزيادات حيث قال: استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما إذا قال نسائي طوالق إلا نسائي لا يصح الاستثناء، ولو قال إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح انتهى. وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك هاهنا: وهذا الفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظي فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم؛ ألا يرى أنه إذا قال لامرأته أنت طالق ست طلقات إلا أربعاً يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان، وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً

الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعاً، والرجوع عن الإقرار باطل موصولاً كان أو مفصولاً، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء، وهذا إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فإنه يصح. قال المصنف في الباب الأول من أيمان الزيادات: استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان المستثني بعين ذلك اللفظ، أما إذا كان بغير ذلك

بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعاً، وقد مر الوجه في الطلاق. **(ولو قال له عليّ مائة درهم إلا ديناراً**

لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم. وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الأول فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لأنه إنما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى ذات اللفظ ويتصور أن يدخل في ملكه غير هذه الجواري أو العبيد، وإذا كان كذلك صح الاستثناء، بخلاف ما إذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لأنه لا يصلح لإخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء، انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية أيضاً ولكن بتغيير أسلوب تحريره. أقول: التحقيق الذي ذكروه مما لا يساعده لفظ المصنف في الزيادات، لأن قولهم إن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الأول فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا إنما يتمشى عند كون غير اللفظ الأول أخص من اللفظ الأول بحسب المفهوم، وأما عند كونه مساوياً له بحسب المفهوم كما لو قال نسائي كذا إلا حلائلي أو إلا أزواجي، أو كونه أعم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء طوالق إلا نسائي فلا يتمشى ذلك قطعاً. وقول المصنف في الزيادات: أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح يتناول ما كان مساوياً له وما كان أعم منه أيضاً لأن كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضي أن يصح الاستثناء فيهما أيضاً، وليس الأمر كذلك كما صرحوا به. قال في التوضيح بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل. وأصحابنا قيدوه بلفظه أو بما يساويه نحو عبيدي أحرار إلا عبيدي أو إلا مماليكي لكن إذا استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم لكن في الوجود يساويه يصح نحو عبيدي أحرار إلا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى. وقال بعض الأفاضل في أصوله بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل بالاتفاق: وقال مشايخنا: هذا إذا كان بلفظه نحو نسائي طوالق إلا نسائي، أو بما يساويه نحو نسائي طوالق إلا حلائلي أو بأعم منه، وإن استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم يصح وإن كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق إلا زينب وهند وبكرة وعمرة أو إلا هؤلاء ولا نساء له سواهن حتى لا تطلق واحدة منهن، انتهى كلامه. وقد ذكرنا فيما مر نقلاً عن غاية البيان عدم صحة الاستثناء فيما إذا كان المستثنى أكثر من المستثنى منه: أي أعم منه **(ولو قال له عليّ مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز)** هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار أو قيمة قفيز الحنطة. قال المصنف **(وهذا)** أي الحكم المذكور **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** استحساناً **(ولو قال له عليّ مائة)** أي مائة درهم **(إلا ثوباً لم يصح الاستثناء)** قياساً واستحساناً باتفاق أصحابنا **(وقال محمد: لا يصح فيهما)** أي في الوجهين وهو القياس، وبه قال زفر وأحمد **(وقال الشافعي: يصح فيهما)** أي في الوجهين، وبه قال مالك **(لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ)** يعني أن الاستثناء تصرف في اللفظ وهو إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلاً تحت صدر الكلام **(وهذا)** المعنى **(لا يتحقق في خلاف الجنس)** أي في استثناء خلاف الجنس وإطلاق الاستثناء على المنقطع بطريق المجاز **(وللشافعي أنهما)** أي المستثني والمستثنى منه **(اتحدا جنساً من حيث المالية)** يعني أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي. قال في الكافي: والكلام مع الشافعي بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء، فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة: أي إنما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى

فيصح كما إذا قال نسائي طوالق إلا نسائي لا يصح الاستثناء، ولو قال إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح.
قيل: وتحقيق ذلك أن الاستثناء إذا وقع بغير اللفظ الأول أمكن جعله تكلماً بالحاصل بعد الثنيا، لأنه إنما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى اللفظ، فبالنظر إلى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثني بعض ما يتناوله الصدر

أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف **(ولو قال له عليّ مائة درهم إلا ثوباً لم يصح الاستثناء. وقال محمد: لا يصح فيهما)** وقال الشافعي: يصح فيهما. لمحمد أن الاستثناء ما

لدليل معارض كدليل الخصوص في العام، فتقدير قوله لفلان عليّ عشرة إلا درهماً فإنه ليس عليّ فعدم لزوم الدرهم للدليل المعارض لأول كلامه لا لأنه يصير بالاستثناء كأنه لم يتكلم به، لأن أهل اللغة أطبقوا أن الاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي، وهذا إجماع منهم أن للاستثناء حكماً يعارض به حكم الصدر، ولأن كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق، فلو لم يكن للاستثناء حكم يضادّ حكم الصدر لكان هذا نفياً للشركة لا توحيداً، فإذا ثبت هذا الأصل فقال العمل بدليل المعارض واجب بحسب الإمكان وقد أمكن هنا للمجانسة من حيث المالية. وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى، ويخرج كلامه في القدر المستثنى من أن يكون إيجاباً لقوله تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً﴾ [العنكبوت: ١٤] وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الإيجاب لا في الإخبار، وقد قال أهل اللغة قاطبة: إن الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فنجمع بين القولين ونقول إنه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه وإثبات ونفي بإشارته، واختير الإثبات في كلمة التوحيد إشارة والنفي قصداً لأنه المقصود، إذ الكفار يقرّون به لا أنهم يشركون معه غيره، قال الله تعالى: ﴿ولئن سألتهم من خلق السماوات والأرض ليقولنّ الله﴾ فإذا ثبت هذا الأصل فنقول الخ. وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام إلا أنه قال في أثناء تقرير كلام الشافعي بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الإمكان. فإن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره، وإن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى، وقد اقتفى أثره بعض الشراح. وقال صاحب العناية: وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضاً وهو الحق، وقرّر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة، وليس بصحيح لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة، ونحن نقول بأن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج إلى إثبات المجانسة لأجل الدخول منا، انتهى كلامه.

أقول: لم يقل أحد من الشارحين بأن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي سوى صاحب الغاية فإنه قال خلافاً للشافعي، لأن الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة، ألا ترى إلى قوله:

والامتناع من خارج، بخلاف ما إذا كان بعين ذلك اللفظ فإنه لا يمكن جعله تكلماً بالحاصل بعد الثنيا. فإن قيل: هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى وإهمال المعنى رأساً فما وجه ذلك؟ أجيب بأن الاستثناء تصرف لفظي، ألا ترى أنه إذا قال أنت طالق ست تطليقات إلا أربعاً صح الاستثناء ووقع طلقتان، وإن كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث، ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً فكان اعتباره أولى. ولو قال له عليّ مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولزمه مائة إلا قيمة الدينار أو القفيز خلافاً لمحمد. ولو قال له عليّ مائة إلا ثوباً لم يصح عندنا خلافاً للشافعي. وقوله (فيهما) أي في قول محمد والشافعي يعود إلى المقدر وغيره، لأن الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر. لمحمد أن الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس. وللشافعي أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى

قال المصنف: **(الدخل تحت اللفظ)** أقول: فاعل دخل ضمير المستثنى بالمفهوم من الاستثناء فيكون المرجع حكمياً، ويجوز أن يعود إلى الاستثناء مراداً به المستثنى على طريقة الاستخدام.

لولاه لدخل تحت اللفظ، وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس. وللشافعي أنهما اتحدا جنساً من حيث المالية. ولهما أن المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية، وهذا في الدينار ظاهر. والمكيل والموزون أوصافهما أثمان؛ أما

وبــلــدة لــيــس بــهــا أنــيــس إلا الــيــعــافــيــر وإلا الــعــيــس

قد استثنى من خلاف الجنس انتهى. وأما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من أنه إن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وإن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدالّ على ذلك، لأن المراد بالجنس في قولهم إن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط وإلا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتأمل، فكان المراد بالجنس في قولهم وإن لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى أيضاً فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء، وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطاً عند الشافعي أيضاً في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية، فقول الشارح الأكمل: قرر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط ليس بتام **(ولهما)** أي لأبي حنيفة وأبي يوسف **(أن المجانسة في الأول)** أي في الوجه الأول وهو قوله له عليّ مائة درهم إلا ديناراً وإلا قفيز حنطة **(ثابتة من حيث الثمنية)** يعني أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في الوجه الأول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله على مائة درهم إلا ثوباً. قال في العناية: وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظاً لا يرتاب فيه أحد، وإنما الكلام في تناولها إياه حكماً، فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب **(أما الدينار فظاهر)** يعني أما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الأول فظاهر، لأن كلا من الدينار والدرهم من جنس الأثمان من حيث الذات بلا اشتباه **(والمكيل والموزون أوصافهما أثمان)** يعني وأما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الأول فلأن المكيل والموزون أوصافهما أثمان. توضيحه أن المكيلات والموزونات أثمان بأوصافهما وإن لم تكن أثماناً من حيث الذات، حتى لو عينت في العقد يتعلق العقد بعينها إلا أنها إذا وصفت ثبتت في الذمة حالاً ومؤجلاً ويجوز الاستقراض بها فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى وإن كانت أجناساً صورة والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة، لأنه تكلم بالمائة صورة، كذا في الكافي والشروح **(أما الثوب)** في الوجه الثاني **(فليس بثمن أصلاً)** أي لا ذاتاً ولا وصفاً **(ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة)** بل يثبت سلماً أو ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة مؤجلاً فلم يكن استثناؤه من الدراهم استخراجاً صورة ولا معنى فكان باطلاً **(وما يكون ثمناً صلح مقدراً)** بكسر الدار على صيغة اسم الفاعل **(للدراهم)** أي لما دخل تحت المستثني من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في أخص الأوصاف **(فصار بقدره مستثني من الدراهم)** بقيمته فصار تقدير الكلام له على مائة إلا قدر قيمة المستثنى. وفي الذخيرة: إذا صح الاستثناء يطرح قيمة المستثنى عن المقرّ به، وإن كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه

المانع بعد تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظي، وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضاً وهو الحق، وقرّر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة، وليس بصحيح لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة، ونحن نقول: إن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج إلى إثبات المجانسة لأجل الدخول منا. ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة. وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظاً لا يرتاب فيه أحد، وإنما الكلام في تناولها إياه حكماً، فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب. أما

الثوب فليس بثمن أصلاً ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمناً صلح مقدراً بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم، وما لا يكون ثمناً لا يصلح مقدراً فبقي المستثنى من الدراهم مجهولاً فلا يصح. قال: (ومن

شيء (وما لا يكون ثمناً لا يصلح مقدراً) للدراهم لعدم المجانسة (فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولاً) وفي بعض النسخ: فبقي المستثنى من الدراهم مجهولاً (فلا يصح) أي الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقرّ به لا تمنع صحة الإقرار، ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لأن جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فبقي المقرّ به مجهولاً، كذا في النهاية ومعراج الدراية. قال في العناية: ولقائل أن يقول: ما ليس بثمن لا يصلح أن يكون مقدراً من حيث اللفظ ومن حيث القيمة، والأول مسلم وليس الكلام فيه، والثاني ممنوع فإن المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة. والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الأوصاف استحساناً فلا بد من تقدير التجانس، ثم المصير إلى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى. أقول: بقي هاهنا كلام آخر، وهو أنهم صرحوا بأن ما يكون ثمناً بوصفه كالمكيل والموزون إنما يكون ثمناً واجباً في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية لا بسبب الذات والعين، حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب في الذمة، ولو وصف ولم يعين صار حكمه كحكم الدينار والدرهم فيجب في الذمة، فالظاهر أن مثل هذا إنما يصلح أن يكون مقدراً للدراهم إذا كان موصوفاً لا مطلقاً، وفي مسألتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة بشيء فلا يصلح أن يكون مقدار للدراهم فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولاً في هذا الوجه أيضاً فينبغي أن لا يصح الاستثناء في قوله إلا قفيز حنطة فليتأمل في الجواب (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقرّ بحق وقال إن شاء الله متصلاً بإقراره لم يلزمه الإقرار) قال في الباب الأول من إقرار المبسوط: ولو قال غصبتك هذا العبد أمس إن شاء الله لم يلزمه شيء استحساناً. وفي القياس استثناؤه باطل، لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط، وذلك إنما يصح في الإنشاءات دون الإخبارات، ولكن استحسن لأن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون في معنى الشرط، فإن الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال: ﴿ستجدني إن شاء الله صابراً﴾ ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك، والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم، فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة. وقال ﷺ: «من استثنى فله ثنياه»[1] والإقرار لا يكون ملزماً إلا بكلام هو عزيمة، لكن إنما يعمل

الدنانير فظاهرة، وأما المقدرات فلأنها أثمان بأوصافها، فإنها إذا وصفت تثبت في الذمة حالاً أو مؤجلاً وجاز الاستقراض بها، وأما العددي المتقارب فلأنه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت، وما كان ثمناً صلح مقدراً لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في أخص الأوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته، وأما الثوب فليس بثمن أصلاً ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلماً أو ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة، وما ليس بثمن لا يصلح مقدراً للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولاً، وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء. ولقائل أن يقول: ما ليس بثمن لا يصلح مقدراً من حيث اللفظ أو القيمة والأول مسلم وليس الكلام فيه، والثاني ممنوع فإن المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة. والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الأوصاف استحساناً فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير إلى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات. قال: (ومن أقرّ بحق وقال إن شاء الله الخ) ومن قال لفلان عليّ مائة درهم إن شاء الله لم يلزمه الإقرار، لأن الاستثناء بمشيئة

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ. ولكن ورد من حديث ابن عمر «من طلق فقال: إن شاء الله فقد استثنى» أخرجه أبو داود ٣٢٦١ والنسائي ٧/ ٢٥ وابن الجارود ٩٢٨ وابن حبان ٤٣٣٩ والبيهقي ٧/ ٣٦٠، ٣٦١ والحاكم ٤/ ٣٠٣ وأحمد ٢/ ١٠ وقد صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وورد أيضاً بلفظ آخر عن ابن عمر مرفوعاً «من حلف، فقال: إن شاء الله لم يحنث».
وورد أيضاً من حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي ١٥٣٢ والنسائي ٧/ ٣٠، ٣١ وابن ماجه ٢١٠٤ وأحمد ٢/ ٣٠٩.

أقرّ بحق وقال إن شاء الله متصلاً بإقراره **(لم يلزمه الإقرار)** لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق؛ فإن كان الأول فقد بطل، وإن كان الثاني فكذلك، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، أو لأنه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق، بخلاف ما إذا قال لفلان عليّ مائة درهم إذا متّ أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس

الاستثناء إذا كان موصولاً بالكلام لا إذا كان مفصولاً عنه، فإن المفصول بمنزلة النسخ. والتبديل والمقرّ لا يملك ذلك في إقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول، وهذا بخلاف الرجوع عن الإقرار فإنه لا يصح وإن كان موصولاً لأن رجوعه نفي لما أثبته فكان تناقضاً منه، والتناقض لا يصح مفصولاً كان أو موصولاً. أما هذا فبيان تغيير وبيان التغيير يصح موصولاً لا مفصولاً بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط. قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب **(لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال)** كما هو مذهب أبي يوسف **(أو تعليق)** كما هو مذهب محمد كذا ذكره الإمام قاضيخان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب. وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب. وثمرة الخلاف تظهر كما فيما إذا قدم المشيئة فقال: إن شاء الله أنت طالق عند من قال إنه إبطال لا يقع الطلاق، وعند من قال إنه تعليق يقع لأنه إذا قدم بشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع، وكيفما كان لم يلزمه الإقرار كما بينه المصنف بقوله **(فإن كان الأول)** وهو الإبطال **(فقد بطل، وإن كان الثاني)** وهو التعليق **(فكذلك، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط)** لأن الإقرار إخبار عما سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب، فإن كان صدقاً لا يصير كذباً بفوات الشرط، وإن كان كذباً لا يصير صدقاً بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط **(أو لأنه شرط لا يوقف عليه)** أي لا يطلع عليه، فإن وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يكاد يطلع عليه أحد، والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح لأنه يكون إعداماً من الأصل **(كما ذكرنا في الطلاق)** أي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق. ولو قال لفلان عليّ ألف إن شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا إقرار باطل، لأنه علقه بشرط في وجوده خطر، والإقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لأن التعليق بما فيه خطر يمين والإقرار لا يحلف به، ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب، فإن كان صدقاً لا يصير كذباً بفوات الشرط، وإن كان كذباً لا يصير صدقاً بوجود الشرط فلا يليق التعليق به أصلاً، إنما التعليق فيما هو إيجاب ليتبين به أنه ليس بإيقاع ما لم يوجد الشرط، وكذلك كل إقرار علق بالشرط أو الخطر نحو قوله إن دخلت الدار أو إن مطرت السماء أو إن هبت الريح أو إن قضى الله تعالى أو أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو إن بشرت بولد أو إن أصبت مالاً أو إن كان كذلك أو إن كان حقاً فهذا كله مبطل للإقرار إذا وصله بالكلام للمعنى الذي ذكرنا، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط، وفي غاية البيان نقلاً عن شرح الكافي للحاكم الشهيد **(بخلاف ما إذا قال لفلان عليّ مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه في معنى بيان المدة)** وذلك من حيث العرف لأن الناس يعتادون بذكر هذه الأشياء محل الأجل فحسب، لأن الدين المؤجل يصير حالاً بالموت ومجيء رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة

الله إما إبطال كما هو مذهب أبي يوسف أو هو تعليق كما هو مذهب محمد، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله أنت طالق. عند أبي يوسف لا يقع الطلاق لأنه إبطال، وعند محمد يقع لأنه تعليق، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع، وكيفما كان لم يلزمه الإقرار لأنه إن كان الأول فقد بطل، وإن كان

قال المصنف: **(إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط)** أقول: في الكافي: وكان ينبغي أن يجب المال كما في شرط الخيار، إلا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمتنع كون الكلام إقراراً، والخيار يدخل على حكم السبب، فإذا ألغى الخيار بقي حكم الإقرار بناء على السبب اهـ. وفيه شيء قوله: **(لأن البناء، إلى قوله: لبيان المستثنى الخ)** أقول: وفي قوله لبيان المستثنى الخ بحث، ثم أقول: قد

لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلاً لا تعليقاً، حتى لو كذبه المقرّ له في الأجل يكون المال حالاً. قال: **(ومن أقرّ بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقرّ له الدار والبناء)** لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنىً لا لفظاً، والاستثناء تصرف في الملفوظ، والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لأنه يدخل فيه تبعاً لا لفظاً، بخلاف

للعرف **(فيكون تأجيلاً)** أي فيكون ذكر هذه الأشياء منه تأجيلاً: أي دعوى الأجل إلى الأوقات المذكورة **(لا تعليقاً)** أي لا يكون تعليقاً بالشرط **(حتى لو كذبه المقرّ له في الأجل يكون المال حالاً)** لأن دعوى الأجل من المقرّ غير مقبولة عندنا إلا أن يثبته بالبينة أو يصدقه المقر له كما تقدم **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقرّ بدار واستثنى بناءها لنفسه)** بأن قال هذه الدار لفلان إلا بناءها **(فللمقر له الدار والبناء لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى)** أي تبعاً **(لا لفظاً)** أي لا مقصوداً باللفظ، لأن البناء وصف في الدار والوصف يدخل تبعاً لا قصداً، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض في بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري **(والاستثناء تصرف في الملفوظ)** بجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى، فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء، كذا قالوا. أقول: هذا وإن كان موافقاً لما ذكره المصنف وغيره في كتاب الأيمان من أن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها إلا أنه مخالف لما ذكر في كتب اللغة، فإنه قال في المغرب: الدار اسم جامع للبناء والعرصة. وقال في القاموس: الدار المحل الذي يجمع البناء والعرصة، ولا يخفى أن الظاهر المتبادر من ذلك أن تكون الدار اسماً لمجموع البناء والعرصة لا اسماً للعرصة وحدها فتأمل. قال صدر الشريعة: فإن قلت: يشكل ما ذكر بما إذا قال لفلان عليّ ألف درهم إلا قفيز حنطة فإن الحنطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظاً حتى صح استثناؤه. قلت: الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء، ولا كذلك الدار فإنها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار، ذكراً للبناء بطريق التناول قصداً، بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له على ما ذكرنا، والوصف يدخل تبعاً لا قصداً فلا يصح استثناء الوصف فافترقا، انتهى كلامه. واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: التعرّض للفرق بين المسألتين مما لا بد منه جداً وقد أهمله أكثر الشراح، ولكن المرتبة التي ذكرها الشارحان المزبوران لا تقطع الكلام هاهنا، إذ لقائل أن يقول: إن أريد بتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها إياها من حيث المعنى الوضعي للفظ الدراهم فهو ممنوع جداً، ألا يرى إلى ما مر في تلك المسألة من أن التحقيق أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظاً لا يرتاب فيه أحد، وإنما الكلام في تناولها إياه حكماً فقلنا بتناول ما كان على أخص أوصافها الذي هو الثمنية، وإن أريد بذلك تناولها إياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعاً، إذ المصنف مصرح هاهنا بأن الاستثناء تصرف في الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم

الثاني فكذلك، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لأن الإقرار إخبار عما سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة، وإما لأنه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق، بخلاف ما إذا قال لفلان عليّ مائة درهم إذا متّ أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس، لأنه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الأجل إلى الوقت المذكور، حتى لو كذبه المقرّ له في الأجل كان المال حالاً عندنا كما تقدم. قال: **(ومن أقرّ بدار واستثنى بناءها لنفسه الخ)** ومن قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لي فللمقر له الدار والبناء لأن البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصوداً، والاستثناء لبيان أن المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصوداً ولم يدخل تحته، فالبناء لا يكون مستثنى، أما أن لفظ الدار لم يتناول البناء مقصوداً فلأنه يدخل فيه تبعاً، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري.

كتب في هامش الكتاب في هذا المقام من خط المؤلف ما هو صورته: وتلخيص الحجة أن البناء هاهنا ليس متناول اللفظ، والمستثنى متناول اللفظ ينتج أن البناء ليس مستثنى اهـ. والظاهر الموافق للمشروح أن يقال ترخيصها البناء داخل في الدار معنى، وكل ما هو داخل في الشيء معنى لا يصح استثناؤه منه.

ما إذا قال إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها لأنه داخل فيه لفظاً **(ولو قال بناء هذا الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال)** لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء، فكأنه قال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان، بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضاً حيث يكون البناء للمقرّ له لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار **(ولو قال له**

لا يكفي في صحة الاستثناء، كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط في صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط أيضاً في صحة استثناء البناء من الدار، فإن البناء داخل في حكم بيع الدار وفي حكم الإقرار بالدار ونحوهما حتى يملك المشتري والمقرّ له البناء أيضاً فلا بد من زيادة إيضاح وتقرير فنقول: المراد بذلك هو التناول من حيث الحكم لكن قصداً لا تبعاً، والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على أخص أوصافها الذي هو الثمنية تناولاً قصدياً لا تبعياً، فإن ما يتحقق فيه الثمنية كالدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب من قبيل الذوات فيجوز أن يكون مقصوداً من الدراهم لمشاركته إياها في أخص أوصافها وهو الثمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد، ولا كذلك الدار مع البناء فإن البناء وصف للدار فلا يدخل في حكمها إلا تبعاً. وبالجملة فرق بين ما يتناوله اللفظ حكماً وبين ما يتبع متناوله في الحكم، فإن الأول مدلول حكمي للفظ مقصود منه أصالة فيكون استثناؤه تصرفاً في الملفوظ: أي في مدلول اللفظ حكماً فيصح، والثاني خارج عن مدلول اللفظ وضعاً وحكماً غير مقصود منه أصلاً لكنه تابع لمدلوله في الحكم الثابت له فلا يكون استثناؤه تصرفاً في الملفوظ فلا يصح. قال المصنف **(والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار)** يعني لا يصح استثناء الفص في الإقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة في الإقرار بالبستان، كما لا يصح استثناء البناء في الإقرار بالدار **(لأنه)** أي لأن كل واحد من الفص والنخلة **(يدخل فيه)** أي يدخل في الصدر **(تبعاً لا لفظاً)** والاستثناء تصرف في الملفوظ كما مر. قال بعض العلماء: قول المصنف هاهنا إن الفص يدخل تبعاً لا لفظاً ينافي قوله فيما مرّ أن اسم الخاتم يشمل الكل. أقول: يمكن أن يقال إن مراده بشمول اسم الخاتم الكل في قوله السابق أعم من الشمول القصدي والتبعي، ومراده بنفي دخول الفص في الخاتم في قوله اللاحق نفي الدخول القصدي فلا منافاة بينهما. قال في البدائع: ولو أقرّ لإنسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل، لأن اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة، وإنما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقرّ له لأنه وإن لم يكن اسماً عاماً لكنه يتناول هذه الأجزاء بطريق التضمن كمن أقرّ لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لأنه اسم عام، بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن، انتهى كلامه. أقول: فيه نظر، أما أولاً فلأن قوله لأن اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة، ألا يرى إلى ما قال في المغرب: الدار اسم جامع للبناء والعرصة، وإلى ما قاله في القاموس: الدار المحل بجمع البناء والعرصة. وأما ثانياً: فلأن قوله لكنه يتناول هذه الأجزاء بطريق التضمن يدل على أن البناء جزء من معنى اسم الدار، وهذا مع كونه مخالفاً لما قاله أوّلاً من أن اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضي صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له عليّ عشرة إلا واحداً. لا يقال: يجوز أن يكون مراده بالتضمن معنى التبعية لا الجزئية فيؤول إلى ما قاله

وأما أن الاستثناء لبيان ذلك فلأنه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك، والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لأنها تدخل فيه تبعاً لا لفظاً. ولو قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها فهو كما قال، لأن ذلك داخل فيه لفظاً ومقصوداً، حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن. ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقرّ له لأنه أقرّ بكلها ثم ادعى شيئاً منها بعد ذلك فلا يصدق إلا بحجة، ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما

قوله: **(لأن الإقرار به)** أقول: الضمير في قوله به راجع إلى المتبوع في قوله وإن قدم المتبوع.

عليّ ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه، فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك) قال: وهذا على وجوه: أحدهما هذا وهو أن يصدّقه ويسلم العبد، وجوابه ما ذكر، لأن

المصنف وغيره. لأنا نقول: مع إباء قوله هذه الأجزاء عن ذلك التوجيه جداً يمنعه قوله في تنظيره بمسألة الإقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن، فإنه نص في دخول الفص كالحلقة بطريق الأصالة دون التبعية، وهو خلاف ما صرح به المصنف وسائر الثقات **(بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها)** أي إذا قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها **(أو إلا بيتاً منها)** حيث يصح الاستثناء ويكون للمقرّ له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت **(لأنه)** أي لأن كل واحد من الثلث والبيت **(داخل فيه)** أي في الصدر الذي هو الدار **(لفظاً)** ومقصوداً حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا. أقول: كون البيت داخلاً في الدار لفظاً ومقصوداً مشكل على القول بأن الدار اسم للعرصة كما ذكروه في كتاب الأيمان، واستدلوا به على أن من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث، إذ على تقدير أن يكون البيت داخلاً في الدار لفظاً ومقصوداً يكون جزءاً من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسماً للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت، فإذا انهدمت وصارت صحراء لزم أن تنعدم بانعدام بعض أجزائها فلم يظهر وجه الحنث في المسألة المذكورة، والعجب من صاحب البدائع أنه قال هاهنا بخلاف ما إذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو بيتاً منها أنه يصح الاستثناء لما بينا أن الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح انتهى. فإن كون الدار اسماً للعرصة يقتضي عدم صحة الاستثناء في صورة استثناء البيت من الدار، لأن البيت ليس من جنس العرصة إذ البيت اسم لبناء مسقف له حوائط أربعة على قول أو ثلاثة على قول آخر كما عرف في الأيمان في مسألة ما لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل صفة والعرصة هي البقعة كما سيأتي فأنّى هذه من ذلك؟ فما ذكره يكون حجة عليه لا له في هاتيك الصورة **(ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال)** وهذا لفظ القدوري أيضاً في مختصره: يعني يكون البناء للمقرّ والعرصة لفلان. قال المصنف في تعليله **(لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء)** يعني أن العرصة في اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء، فلما اعتبر في معناها الخلوّ عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم **(فكأنه قال: بيع هذه الأرض دون البناء لفلان)** قال المصنف **(بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضاً)** أي بخلاف ما إذا قال بناء هذه الدار لي والأرض لفلان **(حيث يكون البناء للمقرّ له)** مع الأرض **(لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء)** بناء على أن الأرض أصل والبناء تبع، والإقرار بالأصل قرار بالتبع **(كالإقرار بالدار)** حيث يكون البناء أيضاً للمقرّ له هناك وإن استثناه لنفسه كما مر. فإن قلت: يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والأرض لآخر فإنه كما قال حتى يكون البناء للأول والأرض للثاني، ولم يقل هناك الإقرار بالأرض إقرار بالبناء فما وجه الفرق بينهما؟ قلت: الفرق بينهما من حيث أن أوّل كلامه فيما أوردت إقرار معتبر بالبناء للأول فهب أن آخر كلامه إقرار بالأرض والبناء لكن إقراره فيما صار مستحقاً لغيره لا يصح فكان للثاني الأرض خاصة، وأما فيما نحن فيه فآخر كلامه إقرار بالأرض والبناء وهما جميعاً

قال، لأن العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكأنه قال: بياض هذه الأرض دون البناء لفلان فالبناء لا يتبعها، بخلاف ما إذا قال بناء هذه الدار لي والأرض لفلان حيث كانا للمقرّ له لأن الإقرار بالأرض لأصالتها إقرار بالبناء كالإقرار بالدار، وجنس هذه المسائل يخرج على أصلين: أحدهما أن الإقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس، والثاني أن إقرار الإنسان ليس بحجة على غيره، فإذا أقرّ بشيئين يتبع أحدهما الآخر كالأرض والبناء، فإن كان لشخص فظاهر، وإن كان لشخصين، فإن قدم التابع

قال المصنف: **(فسلم العبد)** أقول: أي التزم تسليمه قال المصنف: **(وإلا فلا شيء لك)** أقول: أي وإن لم تلتزم فلا مخالفة لما مر في البيوع قال المصنف: **(وهو أن يصدقه ويسلم العبد الخ)** أقول: فيه أنه إذا سلم العبد كيف يقال له إن شئت فسلم العبد الخ؟ فالأظهر هو الاكتفاء بقوله وهو أن يصدقه.

الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة. والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبداً غير هذا وفيه المال لازم على المقرّ لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود. والثالث أن يقول العبد عبدي ما بعتك. وحكمه أن لا يلزم المقرّ شيء لأنه ما أقرّ بالمال إلا عوضاً عن العبد فلا يلزمه دونه،

ملكه فصح إقراره بهما للمقرّ له، وذلك لأن أول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لي غير معتبر لأنه قد كان له قبل أن يذكره فبقي قوله وأرضها لفلان، والإقرار بالأصل يوجب ثبوت حق المقر له في التبع. توضيح الفرق أن البناء في تلك المسألة لما صار للمقرّ له الأول خرج من أن يكون تبعاً للأرض حكماً فإقراره بالأرض للثاني بعد ذلك لا يتعدّى إلى البناء، وفي مسألتنا البناء باق على ملك المقرّ فكان تبعاً للأرض، فإقراره بالأرض يثبت الحق للمقرّ له في البناء تبعاً، كذا في المبسوط. اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل وتخريجها على أصلين: أحدهما أن الإقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس. والثاني أن إقرار الإنسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره. إذا عرفت هذا فنقول: إذا قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كانت الأرض والبناء لفلان، لأن بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الأرض لفلان أقرّ لفلان بالبناء تبعاً للإقرار بالأرض، والإقرار بعد الدعوى صحيح. وإذا قال أرضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما أقرّ لأن بقوله أرضها لي ادعى البناء لنفسه تبعاً وبقوله والبناء لفلان أقرّ بالبناء لفلان، والإقرار بعد الدعوى صحيح، ويؤمر المقرّ له بنقل البناء من أرضه. وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالأرض والبناء للمقرّ له، لأن بقوله أرضها لفلان أقرّ لفلان بالبناء تبعاً وبقوله وبناؤها لي ادعى البناء لنفسه، والدعوى بعد الإقرار لا تصح. وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالأرض والبناء للمقرّ له الأول، لأن بقوله أرض هذه الدار لفلان صار قراً لفلان بالبناء تبعاً للأرض وبقوله وبناؤها لفلان آخر كان مقراً على الأول، والإقرار على الغير لا يصح. وإذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال، لأن بقوله أوّلاً بناء هذا الدار لفلان صار مقراً بالبناء له وبقوله وأرضها لفلان آخر صار مقراً على الأول بالبناء للثاني، والإقرار على الغير باطل، كذا في الذخيرة **(ولو قال له عليّ ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه، فإذا ذكر عبداً بعينه قيل للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك)** إلى هنا لفظ القدوري في مختصره **(قال)** أي قال المصنف رحمه الله **(هذا)** أي ما ذكر من المسألة **(على وجوه: أحدها هذا)** أي هذا الوجه **(وهو أن يصدقه)** أي أن يصدق المقرّ له المقر **(ويسلم العبد، وجوابه)** أي جواب هذا الوجه **(ما ذكر)** من قوله قيل للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك. قال بعض الفضلاء: فيه أنه إذا سلم العبد كيف يقال له إن شئت فسلم العبد الخ. أقول: ما ذكره إنما يتجه أن لو كان لفظ يسلم في قول المصنف ويسلم العبد من سلمه إليه، وأما إذا كان من سلمه له: أي جعله سالماً له فلا، لأن سلامة العبد للمقرّ إنما تحصل باعتراف المقرّ له بأن عبدك لا عبدي، وقد يتحقق هذا قبل تسليم العبد إلى المقرّ فلا ينافي أن يقال له إن شئت فسلم العبد الخ، وقد استعمل المصنف سلمه له مراداً به المعنى المذكور في مواضع

فقال بناء هذه الأرض لفلان والأرض لفلان فكما قال لأن الإقرار الأول لما صح لم يصلح جعل البناء تابعاً ثانياً لئلا يلزم الإقرار على الغير، وإن قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لأن الإقرار به يستتبع التابع، فالإقرار بالتابع بعد ذلك إقرار على الغير فلا يصح. وإذا أقرّ بأحدهما، فإن كان المتبوع كقوله الأرض لفلان والبناء لي كانا للمقرّ له بالاستتباع، وإن كان التابع كقوله الأرض لي والبناء لفلان كان كما قال، لأن في الأول دعوى بعد الإقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فصح. قال: **(ولو قال له عليّ ألف درهم من ثمن عبد الخ)** ومن قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه فإما أن يذكر عبداً بعينه أو لا،

قوله: **(فالحكم الأمر بتسليم الثمن الخ)** أقول: لا التخيير بأن يقال إن شئت فسلم العبد ولا تسليم العبد أولاً، ثم أخذ الألف قوله: **(والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى الخ)** أقول: وليست شعري أن ما ذكر في الكتاب حكم أية مسألة.

ولو قال مع ذلك إنما بعتك غيره يتحالفان لأن المقرّ يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقرّ له يدعي عليه الألف ببيع غيره والآخر ينكره، وإذا تحالفا بطل المال، هذا إذا ذكر عبداً بعينه **(وإن قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل)** لأنه رجوع فإنه أقرّ بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة عليّ، وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن. وإذا كان كذلك كان رجوعاً فلا

من كتابه. هذا وما سيأتي في فصل الدين المشترك من باب الصلح في الدين حيث قال: فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم انتهى. ويحتمل أن يكون لفظ يسلم هاهنا ثلاثياً من السلامة لا من التسليم ويكون العبد فاعلاً لا مفعولاً فحينئذ لا يتوهم المنافاة أصلاً. قال المصنف في تعليل جواب الوجه المذكور **(لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة)** يعني أنهما تصادقا في هذا الوجه، والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة. ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد بألف والعبد في يده كان عليه ألف درهم كذا هاهنا. قال صاحب العناية: وفيه نظر، لأنهما إذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقرّ ثم بتسليم العبد على المقرّ له. والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادّعى المقرّ له تسليم الثمن على المقر، وليس ما نحن فيه كذلك، فإن حكمنا بذلك كان حكماً بما لا يدعيه أحد وذلك باطل، إلى هنا كلامه. وطعن بعض الفضلاء في جوابه بأن قال: وليت شعري أن ما ذكر في الكتاب حكم أية مسألة انتهى. أقول: ما ذكر في الكتاب حكم مسألة الإقرار، فإن نفس الإقرار والتصادق لا يقتضي الحكم بتسليم الثمن على المقرّ ولا الحكم بتسليم العبد على المقرّ له، فإن كل واحد من الحكمين المذكورين مقتضى الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه، بل فيه إقرار محض، وحكمه لزوم الألف على المقرّ إن سلم المقر له العبد إليه. وأما إن لم يسلمه إليه بأن هلك في يده فلا يلزمه شي كما هو الحكم في ثبوت البيع معاينة، وهذا معنى ما ذكر في الكتاب. قيل: للمقرّ له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك. وليس المراد من إن شئت فسلم العبد تخيير المقرّ له بين تسليم العبد وعدم تسليمه، إذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع إلى المشتري بعد أن صح البيع وتم، بل المراد منه أن لزوم الألف على المقرّ مشروط بتسليمك العبد إليه، فإن أردت الوصول إلى حقك فسلم العبد ولا تضيعه، وليس المراد بقوله وخذ الألف خذ الألف بعد تسليم العبد، إذ لا دلالة على التعقيب في الواو بل هي للجمع مطلقاً فلا يخالف ما تقرّر في البيوع من أن اللازم في بيع سلعة بثمن تسليم الثمن أولاً. فخلاصة ما ذكر في الكتاب هاهنا ما قال في الوقاية وغيرها، فإن سلم المقرّ له لزمه الألف وإلا لا **(والثاني)** أي الوجه الثاني **(أي يقول المقرّ له العبد عبدك)** أي العبد الذي عينته عبدك **(ما بعتكه وإنما بعتك عبداً غير هذا)** وسلمته إليك **(وفيه)** أي في هذا الوجه **(المال لازم على**

فإن كان الأوّل فهو على وجوه: أحدها أن يصدقه فيقال له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك لأنهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة، وفيه نظر لأنهما إذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقرّ ثم بتسليم العبد على المقرّ له. والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى المقرّ له تسليم الثمن على المقر وليس ما نحن فيه كذلك، فإن حكمنا بذلك كان حكماً بما لا يدعيه أحد وذلك باطل، والثاني أن يقول المقرّ له العبد عبدك ما بعتكه، وإنما بعتك عبداً غيره وسلمته لك، وفيه المال لازم على المقرّ لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم، ولا يبالي باختلاف السبب

قال المصنف: **(لأنه رجوع، إلى قوله: لأن الجهالة مقارنة الخ)** أقول: في تمام التقريب كلام، فإن ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشتري بأنه هذا وإحضار البائع فليتأمل فإنه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة قوله: **(فإن إقراره صح رجوعاً)** أقول: الأولى أن يقول كما في الهداية فإنه أقر بوجوب الألف، وتوجيه كلامه أن صح بمعنى ثبت: أي ثبت إقراره بوجوب الألف.

يصح وإن كان موصولاً. وقال أبو يوسف ومحمد: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء، وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد، وإن أقر أنه باعه متاعاً فالقول قول المقر. ووجه ذلك أنه أقرّ بوجوب المال عليه وبيّن سبباً وهو البيع، فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض، والمقرّ ينكره فيكون

المقرّ لإقراره به) أي بالمال **(عند سلامة العبد له وقد سلم)** أي وقد سلم العبد له حين اعترف المقرّ له بأنه ملكه **(فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود)** كما لو قال لك عليّ ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت مني لأن الأسباب مطلوبة لأحكامها لا لأعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال، ولا تفاوت في هذا الوجه بين أن يكون العبد في يد المقرّ أو في يد المقرّ له، كذا قالوا **(والثالث)** أي الوجه الثالث **(أن يقول)** أي المقر له **(العبد عبدي)** أي العبد الذي عينته عبدي **(ما بعتك وحكمه)** أي حكم هذا الوجه **(أن لا يلزم المقرّ شيء لأنه ما أقرّ بالمال إلا عوضاً عن العبد فلا يلزمه دونه)** أي فلا يلزم المال دون العبد، لأنه إذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقرّ له بدله، ولا تفاوت في هذا الوجه أيضاً بين أن يكون العبد في يد المقر أو في يد المقر له، لأنه إذا كان في يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقرّ شيء من ثمن العبد، كذا قالوا **(ولو قال مع ذلك)** أي ولو قال المقرّ له مع إنكار العبد المقر به **(إنما بعتك غيره)** أي غير ذلك العبد **(يتحالفان لأن المقرّ يدعي تسليم من عينه)** أي وجوب تسليمه **(والآخر ينكر والمقرّ له يدعي عليه)** أي على المقر **(الألف)** أي لزوم الألف **(ببيع غيره)** أي غير من عينه **(والآخر ينكر)** فصار كل واحد منهما مدعياً ومنكراً وحكم ذلك التحالف **(وإذا تحالفا بطل المال)** أي بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده **(هذا)** أي ما ذكره من الوجوه **(إذا ذكر)** أي المقرّ **(عبداً بعينه وإن قال من ثمن عبد)** يعني إن قال له عليّ ألف درهم من ثمن عبد **(اشتريته)** منه ولم أقبضه **(ولم يعينه)** أي لم يعين المقرّ العبد المشتري **(لزمه الألف ولم يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل)** أي سواء وصل قوله ما قبضت العبد المشتري بكلامه السابق أو فصل عنه **(لأنه)** أي لأن قوله ما قبضت **(رجوع)** عما أقرّ به **(فإنه أقرّ بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة على)** أي نظراً إلى هذه الكلمة التي ذكرها أولاً في قوله له عليّ ألف درهم إذ هي للإيجاب **(وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً)** أي بالكلية **(لأن الجهالة)** أي جهالة المبيع **(مقارنة كانت)** كالجهالة حالة العقد **(أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه)** أي نسي المتعاقدان ذلك العبد **(عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع)** خبر أن في قوله لأن الجهالة: يعني أن الجهالة توجب هلاك المبيع: أي تجعل المبيع في حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول **(فيمتنع وجوب نقد الثمن)** لأن نقد الثمن لا يجب لا بإحضار المبيع وقد امتنع إحضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن أيضاً **(وإذا كان كذلك كان رجوعاً)** فإن أول كلامه إقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه، وذلك رجوع **(فلا يصح وإن كان وصولاً)** لأن الرجوع عن الإقرار باطل مفصولاً كان أو موصولاً. أقول: لقائل أن يقول: يشكل التعليل المذكور هاهنا من قبل أبي حنيفة بمسألة الاستثناء بمشيئة الله تعالى. فإنه لم يلزم المقرّ هناك شيئاً بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل هناك أيضاً بأن يقال: إن أول الكلام

بعد حصول المقصود، وكما لو قال لك عليّ ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت مني، ولا تفاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقرّ له. والثالث أن يقول العبد عبدي ما بعتكه، وفيه لا يلزم المقر شيء لأن المقرّ ما أقرّ بالمال إلا عوضاً عن العبد، فإذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقرّ له بدله، وفي هذا أيضاً لا تفاوت بين كون العبد في يد المقرّ أو يد المقر له، فإنه إذا كان في يد المقرّ يأخذ العبد، ولو قال مع ذلك: أي مع إنكار العبد إنما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر

قوله: **(والموعود هو معنى قوله الخ)** أقول: يقول الشارح آنفاً كما سيأتي.

القول له، وإن كذبه في السبب كان هذا من المقرّ بياناً مغيراً لأن صدر كلامه للوجوب مطلقاً وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً **(ولو قال ابتعت منه بيعاً إلا أني لم أقبضه فالقول قوله)** بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن. قال: **(وكذا لو قال من ثمن خمر أو**

إقرار بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة علي، وآخره ينافي الوجوب أصلاً فيقتضي أن يكون رجوعاً فيلزم أن لا يصح. ويمكن أن يجاب عنه بما أشار إليه المصنف فيما سيأتي في مسألة ما لو قال من ثمن خمر أو خنزير بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا إبطال، وسنذكر تتمة الكلام هناك إن شا الله تعالى. ثم إن بعض الفضلاء أورد على هذا التعليل المزبور كلاماً آخر، وأجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلام، فإن ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشتري بأنه هذا وإحضار البائع فليتأمل، فإنه يجوز أن يقال: الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى. أقول: لا الإيراد بشيء ولا الجواب. أما الأوّل فلأن المقرّ فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولاً لم يكلف المقرّ له بإحضار ذلك أصلاً، بل لم يمكن له إحضاره لتعذر إحضار المجهول فأنى يتصور إحضار البائع المبيع هاهنا حتى يعترف المشتري بأنه هذا، وإن أحضر المقرّ له عبداً بعينه من غير تكليف واعترف المقرّ بأن ما اشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسألة من قبيل ما إذا ذكر المقر عبداً بعينه وما نحن فيه بمعزل عنه. وأما الثاني: فلأنه كيف يجوز أن يقال: الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الألف بلا عوض عند أبي حنيفة في هذه المسألة، وإن لم يحضر البائع شيئاً، فهل يؤثر العاقل إعطاء الألف بلا عوض على إعطائه بمقابلة ما أحضره البائع، فالظاهر هو الاعتراف عند إحضاره بلا ريب **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء)** وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى **(وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقرّ له أن يكون ذلك من ثمن عبد)** أي إذا كذب المقرّ له المقرّ في الجهة وهي أن يكون ذلك الألف من ثمن عبد **(وإن أقر)** أي إن أقر المقرّ له **(أنه)** أي المقرّ له **(باعه)** أي باع المقر **(متاعاً)** يعني إن صدّق المقر له المقر في الجهة بأن قال إنه باعه متاعاً وهو العبد كما أقرّ به المقرّ، ولكن كذبه في إنكاره قبض المبيع **(فالقول قول المقرّ)** سواء وصل أم فصل، وإنما عبر المصنف هاهنا عن البيع بالمتاع حيث قال: وإن أقرّ أنه باعه متاعاً وقد كان وضع مسألة الكتاب في العبد ليعلم أن الحكم في المتاع مطلقاً هو الحكم في العبد **(ووجه ذلك)** أي وجه ما قاله الإمامان **(أنه)** أي المقرّ **(أقرّ بوجوب المال عليه)** أي على نفسه حيث قال له عليّ ألف درهم **(وبين سبباً)** له **(وهو البيع)** حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه **(فإن وافقه الطالب)** يعني المقر له **(في السبب)** وهو البيع **(وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض)** أي وبمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لأن الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل، لأنه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري، وإنما يتأكد بالقبض والمقر له يدعي القبض **(والمقرّ ينكره فيكون القول له)** أي

تحالفاً، لأن المقرّ يدعي تسليم من عينه والآخر ينكره، والمقرّ له يدعي عليه الألف ببيع غيره والمقر ينكره، وإذا تحالفا بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده وإن كان الثاني لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل لأنه رجوع عما أقرّ به، فإن إقراره صح رجوعاً إلى كلمة على، وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً،

قوله: **(وفي عبارته نظر إلى قوله: لوجود الفاء الخ)** أقول: في أوائل القسم الثالث من المفتاح وإن توقف عليه، ولا شبهة في أن الكلام فيه كلام من القبيل الثاني فيتوقف تعريفه على تعريف له سابق ويتسلسلْ أو يدور. وقال السيد الشريف في شراحه: دخول الفاء في قوله فيتوقف لوقوع الفصل وإن كان الفاصل مما يتبين به لزوم الشرط للجزاء انتهى. فعلم من هذا جواب نظر الشارح قال المصنف: **(بخلاف الإقرار بوجوب الثمن الخ)** أقول: المراد هو الإقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين، فإن إنكار القبض فيه ينافي الوجوب أصلاً كما سبق فليتأمل، أو المطلق ينصرف إلى الكامل فيكون المراد الوجوب المتأكد.

خنزير) ومعنى المسألة إذا قال لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو خنزير **(لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل)** لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً وأول كلامه للوجوب **(وقالا: إذا وصل لا يلزمه شيء)** لأنه بيّن بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله. قلنا: ذاك تعليق وهذا

للمنكر. قال صاحب العناية: وفي عبارة المصنف نظر، لأن قوله فإن وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب، وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك، وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط، فإنك لو قدرت كلامه فإن وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح، لأنه في بيان التعليل وليس فيه إشعار بذلك وقال: ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فإن وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعياً للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه. أقول: النظر المزبور ساقط جداً، فإن قول المصنف فيكون القول له صالح لأن يكون جواباً للشرط المذكور قطعاً، ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه أصلاً، إذ قد تقرر في علم النحو أن الجزاء إذا كان مضارعاً مثبتاً أو منفياً بلا نفية الوجهان: دخول الفاء عليه وعدم دخوله، قال الله تعالى: ﴿ومن عاد فينتقم الله منه﴾ [المائدة: ٩٥] وعدم الربط فيه ممنوع، فإن قوله وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره وقع قيداً للشرط المزبور فصار معنى الكلام فإن وافقه الطالب في السبب، والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري وإنما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له. ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أن قوله فيكون القول له مربوطاً بالشرط المزبور مقيداً بالقيد المذكور، وإن لم يكن مربوطاً به عارياً عن ذلك القيد فلا حاجة إلى تقدير جزاء محذوف كما تمحله ذلك الشارح **(وإن كذبه)** أي وإن كذب الطالب المقر **(في السبب كان هذا من المقرّ بياناً مغيراً لأن صدر كلامه)** وهو قوله له عليّ ألف درهم **(للوجوب مطلقاً)** رجوعاً عن كلمة على **(وآخره)** أي آخر كلامه **(يحتمل انتفاءه)** أي انتفاء الوجوب **(على اعتبار عدم القبض)** فصار مغيراً لمقتضى أول كلامه **(والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً)** كالاستثناء **(ولو قال ابتعت منه بيعاً)** أي مبيعاً، وفي بعض النسخ: عيناً **(إلا أني لم أقبضه فالقول قوله)** أي قول المقر **(بالإجماع)** ذكر المصنف هذه المسألة تفريعاً على مسألة القدوري وقال في تعليلها **(لأنه ليس من ضرورة البيع القبض)** يعني أن المقر هاهنا إنما أقر بمجرد العقد، والإقرار بالعقد لا يكون إقراراً بالقبض، إذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشتري **(بخلاف الإقرار بوجوب الثمن)** فإن من ضرورته القبض. قال صاحب العناية: هذا مفهوم كلام المصنف، وفيه نظر، فإنه إنما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أوّلاً وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى. أقول: وهذا

لأن جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد أو طارئة، كما إذا اشترى عبداً ونسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن، فأول كلامه إقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وإن كان موصولاً. وقال أبو يوسف ومحمد: المقرّ له إما أن يصدق في المقر في الجهة أو لا، فإن صدقه فالقول للمقرّ في عدم القبض كما سيأتي، وإن كذبه فالمقر إما أن وصل بقوله لم أقبضه أو فصل، فإن وصل فالقول قوله، وإن فصل لم يصدق لأن أول كلامه موجب وآخره قد تغير لأنه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير

قال المصنف: **(ومعنى المسألة، إلى قوله: وصل أم فصل)** أقول: يجوز التوكيل بشراء الخمر عند أبي حنيفة فيجوز أن يضيف الإقرار إلى الموكل كما سبق من الشراح في فصل الإقرار للحمل نظير هذا، لكن وضع المسألة فيما إذا كان كل من المقر والمقر له مسلماً قال المصنف: **(لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب)** أقول: يعني الإيجاب الشرعي قوله: **(فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة)** أقول: يعني وحسب أنه يجب الثمن به قوله: **(وهذا إبطال والإبطال رجوع الخ)** أقول: مخالف ظاهراً لما سبق في الاستثناء بإن شاء الله من قوله فإن كان الأول فقد بطل إلا أن يقال كان ذلك قول أبي يوسف.

إبطال. (ولو قال له عليّ ألف من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة. وقالا: إن قال موصولاً يصدّق وإن قال مفصولا لا يصدّق) وعلى هذا

النظر أيضاً ساقط، إذ الظاهر أن مراد المصنف هاهنا هو الإقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين، إذ هو المختلف فيه المحتاج إلى الفرق، وقد تقرر أن إنكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً، فلا بد من نفاذ الإقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض **(قال)** أي القدوري في مختصره **(وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير)** قال المصنف **(ومعنى المسألة)** أي معنى المسألة التي ذكرها القدوري **(إذا قال لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره)** يعني قوله من ثمن خمر أو خنزير **(عند أبي حنيفة وصل أم فصل، لأنه)** أي لأن تفسيره رجوع عن إقراره **(لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً)** على المسلم **(وأول كلامه)** وهو قوله عليّ ألف **(للوجوب)** والرجوع عن الإقرار باطل **(وقالا)** أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله **(إذا وصل لا يلزمه شيء لأنه)** أي المقر **(بين بآخر كلامه أنه ما أراد به)** أي بأول كلامه **(الإيجاب)** لأنه يحتمل أنه بنى إقراره على عادة الفسقة، فإن الخمر مال يجري فيه الشحّ والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فكان آخر كلامه بياناً مغيراً فيصح موصولاً، كذا في الشروح. أقول: هذا لا يتمشى فيما إذا قال من ثمن خنزير لأنه لا يحتمل في هذه الصورة أن يبني إقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة أن قال من ثمن خمر، اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلاً فضلاً عن اعتيادهم بذلك، وأما عادة الكفار فلا تصلح لأن تجعل مبنى الكلام لأن الكلام في المسلم كما لا يخفى، والدليل الذي ذكره المصنف هاهنا من قبلهما مسوق للصورتين معاً فلا يتم التقريب **(وصار)** أي صار آخر كلامه فيما نحن فيه **(كما إذا قال في آخره إن شاء الله)** فإنه يصدق هناك إذا وصل فكذا هاهنا. أجاب المصنف عن هذا القياس بقوله **(قلنا ذاك تعليق وهذا إبطال)** يعني أن قوله إن شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه، والتعليق بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولاً، وما نحن فيه إبطال لا يكون بياناً فلم يصح وإن كان موصولاً. أقول: فيه كلام من وجهين: أحدهما أن المصنف قال في مسألة الاستثناء بمشيئة الله أن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق، وقد بينا هناك أن المذكور في بعض الكتب المعتبرة أن الأول مذهب أبي يوسف والثاني مذهب محمد، وفي بعضها أن الأمر بالعكس، فأياماً كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذاك أيضاً إبطالاً. وثانيهما أن المصنف قال هناك: فإن كان الأول: يعني الإبطال فقد بطل، وإن كان الثاني: يعني التعليق فكذلك، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، أو لأنه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق فحصل منه أن الاستثناء بمشيئة الله وإن كان تعليقاً في أصله، إلا أنه ليس بتعليق في باب الإقرار بل هو إبطال على كل حال فكيف يتم قوله هاهنا ذاك تعليق وهذا إبطال. ويمكن أن يجاب عن الأول بأن الجواب المذكور هاهنا من قبل أبي حنيفة يصير إلزامياً بالنسبة إلى من قال منهما يكون ذلك إبطالاً، ولا يجب أن يكون الجواب إلزامياً بالنسبة إلى كل واحد منهما. وعن الثاني بأن الاستثناء بمشيئة الله ولم يكن في باب الإقرار تعليقاً حقيقة، إلا أنه في صورة التعليق، وهذا القدر يكفي في قدح قياس هذه المسألة على مسألة ما إذا قال في آخره إن شاء الله، فإن

وهو إنما يصح موصولاً والموعود هو معنى قوله وإن أقرّ أنه باعه متاعاً الخ وإنما عبر عنه بذلك ليعلم أن الحكم في المتاع حكم العبد قوله: **(وبه لا يتأكد الوجوب)** أي بمجرد وجوب السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لأن الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لأنه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد

قوله: **(فإن في رواية عنه لا يصدق الخ)** أقول: يعني لا يصدق في الستوقة والرصاص، وأيضاً إذا أقر بالفلوس لا يصدق في الفلوس الكاسدة.

الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص، وعلى هذا إذا قال إلا أنها زيوف، وعلى هذا إذا قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء. وهذا لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه، إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بياناً مغيراً من هذا الوجه وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة. ولأبي حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب، والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما إذا قال بعتكه معيباً وقال المشتري بعتنيه سليماً فالقول للمشتري

هذه المسألة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى، وإنما هي إبطال محض، وأما تلك المسألة فتعليق صورة وإن كانت إبطالاً معنى فافترقتا، تأمل. واعلم أن القدوري لم يذكر في مختصره خلافاً في هذه المسألة، وإنما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فأخذ المصنف منه. ثم اعلم أن الخلاف المذكور فيما إذا كذبه الطالب، وأما إذا صدقه في ذلك فلا يلزمه شي في قوله جميعاً لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة، وكذلك الحكم فيما إذا قال من ثمن خمر أو ميتة أو دم، صرح شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح **(ولو قال له عليّ ألف)** أي ألف درهم **(من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف)** جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويردّه بيت المال **(أو نبهرجة)** وهي دون الزيوف فإنها مما يرده التجار أيضاً **(وقال المقرّ له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة. وقالا)** أي قال أبو يوسف ومحمد **(إن قال موصولاً)** أي إن ذكر قوله هي زيوف أو نبهرجة موصولاً لا بكلامه السابق **(يصدق، وإن قال مفصولاً)** أي إن ذكر ذلك مفصولاً عنه **(لا يصدق)** هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير.
أقول: تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن نوع قصور، فإن قول أبي حنيفة في هذه المسألة أن يلزمه الجياد سواء وصل قوله هي زيوف أو نبهرجة أم فصل كما صرحوا به ويقتضيه بيان الخلاف، إلا أن كلمة ثم في قوله ثم قال هي زيوف أو نبهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول أبي حنيفة بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه، فالظاهر أن يذكر الواو بدل ثم كما وقع في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الإقرار بالزيوف: وإذا أقر الرجل بألف درهم دين من قرض أو ثمن مبيع وادعى أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق في قول أبي حنيفة وصل أم فصل. وقال أبو يوسف ومحمد: إن وصل يصدق، وإن فصل لا يصدق. وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي، وعلى هذا نص محمد في الأصل.
قال المصنف **(وعلى هذا الخلاف إذا قال هي)** أي الألف **(ستوقة)** وهي أردأ من النبهرجة **(أو رصاص)** أي أو قال هي رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل ويصدق عندهما إن وصل، لكن هذا على إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى عنه لا يصدق ماهنا وإن وصل كما قاله أبو حنيفة، كذا في شرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان والإمام التمرتاشي **(وعلى هذا)** أي على هذا الخلاف **(إذا قال إلا أنها زيوف)** بكلمة الاستثناء **(وعلى هذا الخلاف إذا قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف)** بالجر، وتجري الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى: ﴿سبع بقرات سمان﴾ كذا في معراج الدراية. أقول: فلا بد من توجيه وصف المفرد بالجمع فتأمل **(من ثمن متاع)** هذا تتمة كلام المقرّ **(لهما)** أي لأبي يوسف ومحمد في هذه الصورة الخلافية **(أنه)** أي ما قاله المقرّ آخراً **(بيان**

بالقبض والمدّعي يدعي القبض والمقرّ ينكره فيكون القول قوله، وفي عبارته نظر لأن قوله فإن وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب. وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك، وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فإنك لو قدرت

قال المصنف: **(وعلى هذا إلى قوله فيصح الخ)** أقول: قال في النهاية ومعراج الدراية: فإن قيل: استثناء الوصف لا يصح بالإجماع فكيف صحححا استثناء الزيافة منها؟ قلنا: صححا ذلك من حيث المعنى ومن حيث المعنى الزيافة عين ليست بوصف، فإن قوله علي ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف بمنزلة قوله إلا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف، وهناك صح هذا الاستثناء موصولاً بالإجماع، وهذا في معناه فينبغي أن يصح فصار ذلك نوعاً للدراهم لا وصفاً بمنزلة قوله في الحنطة إلا أنها رديئة إليه أشار في الأسرار والفوائد الظهيرية

لما بينا، والستوقة ليست من الأثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعاً. وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار، بخلاف ما إذا قال عليّ كرّ حنطة من

مغير) لما قاله أولاً (فيصح موصولاً) أي بشرط الوصل (كالشرط والاستثناء) فإن كل واحد منهما يصح موصولاً لا مفصولاً لكونه بيان تغيير (وهذا) أي كون آخر كلام المقرّ فيما نحن فيه بياناً مغيراً (لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته) فإن الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف أو السلم ولا يصير استبدالاً (والستوقة بمجازه) أي ويحتمل الستوقة بمجازه لأنها تسمى دراهم مجازاً فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه (إلا أن مطلقه أي مطلق اسم الدراهم (ينصرف إلى الجياد) لأن بياعات الناس تكون بالجياد عادة (فكان) أي فكان ذكر الزيوف أو الستوقة في آخر الكلام (بياناً مغيراً) لما اقتضاه أوّل الكلام (من هذا الوجه) أي من الوجه المذكور فإنه كان بياناً من جهة الاحتمال ومغيراً من جهة مخالفة العادة فصح موصولاً (وصار) أي صار حكم هذا (كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة) أي ستة ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولاً ولم يصدّق إن كان مفصولاً. أقول: لو تعرّض المصنف في أثناء التعليل لذكر النبهرجة أيضاً لكان أوجه لأنها مذكورة أيضاً في أصل المسألة. فإن قلت: النبهرجة كالزيوف في كونها من جنس الأثمان كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز أن يكتفي في التعليل بذكر حال الزيوف. قلت: رداءة النبهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هناك أيضاً، فكان الأولى الاكتفاء بذكر حال الأدنى ليعلم به حال ما فوقه بالأولوية. ثم أقول: إن قوله لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر في معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فإن المذكور فيها درهم ستوق وتستوق: أي زيف نبهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة في المفسر مجازاً في المفسر فتأمل (ولأبي حنيفة أن هذا)أي ما قاله المقر آخر (رجوع) عما أقر به أوّلاً ودعوى أمر عارض فلا يقبل وإن وصل وذلك (لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب) لأن موجبه سلامة البدل المستحق به عن العيب (والزيافة عيب) في الدراهم (ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه) أي عن بعض موجب العقد، فإذا ادعى أنها زيوف فقد أراد إبطال ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق، وإن وصل (وصار) حكم هذا (كما إذا قال) البائع (بعتكه معيباً وقال المشتري بعتنيه سليماً فالقول) هناك (للمشتري لما بينا) أن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب، فكذا هاهنا، فحاصل اختلافهم راجع إلى أن الدراهم الزيوف هل هي داخلة في مطلق اسم الدراهم أم لا. فأبو حنيفة رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعاً عما أقرّ أولاً بمطلق الدراهم وهما أدخلاها تحت

كلامه فإن وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لأنه في بيان التعليل وليس فيه إشعار بذلك. ويمكن أن يقال: جزاؤه محذوف وتقديره فإن وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعياً للقبض والمقرّ ينكره فيكون القول له (ولو قال ابتعت منه) وفي بعض النسخ: ابتعت منه بيعاً: أي مبيعاً، وفي بعضها عيناً (إلا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض) ولم يقرّ بوجوب الثمن لجواز أن يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن فإن من ضرورته القبض، هذا مفهوم كلام

انتهى. وفيه بحث إذ حينئذ ينبغي أن يقبل إذا فصل فتأمل قال المصنف: (بخلاف الجودة) أقول: أي بخلاف ما إذا قال إلا أنها زيوف، فإن فيه استثناء الدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة صفة ولا يصح استثناء الوصف، كذا في شرح الكاكي، وحينئذ كان المناسب في فصل الحنطة لأن الجودة بدل قوله لأن الرداءة لكن المصنف تفنن فذكر فيه المستثنى الصوري. ثم اعلم أن في دعوى رداءة الحنطة يصدق موصولاً ومفصولاً لأنه بيان تفسير للمجمل وتمام التفصيل يطلب في غاية البيان قوله: (أجيب بأن الرداءة الخ) أقول: هذا ليس على إطلاقه كما سيجيء في الصحيفة التالية قوله: (لم يكن مقتضى مطلق العقد) أقول: أي لم يكن ما يخالفه: أعني الجودة.

ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة نوع لا عيب، فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها. وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل لأن القرض يوجب ردّ مثل المقبوض، وقد يكون زيفاً

مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف، حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء، كذا في الأسرار وغيره **(والستوقة ليست من الأثمان)** أي ليست من جنس الأثمان **(والبيع يردّ على الثمن)** فلم تكن الستوقة من محتملات العقد **(فكان)** أي فكان قوله الآخر **(رجوعاً)** عما أقر به أوّلاً: أي فكان دعوى الستوقة بتأويل الادعاء رجوعاً من ذلك فلم يصح مفصولاً ولا موصولاً **(وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء)** هذا جواب عما استشهدا به. تقريره أن ذلك ليس مما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء **(لأنه مقدار)** واستثناء بعض المقدار صحيح لأن أول الكلام يتناول القدر فكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بلا ريب **(بخلاف الجودة)** أي بخلاف ما إذا قال إلا أنها زيوف، فإن في قوله إلا أنها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناؤها **(لأن استثناء الوصف لا يجوز)** لعدم تناول صدر الكلام إياه قصداً بل تبعاً **(كاستثناء البناء في الدار)** على ما مر بيانه. قال في النهاية ومعراج الدراية: فإن قيل: استثناء الوصف لا يصح بالإجماع فكيف صحح أبو يوسف ومحمد استثناء الزيافة من الدراهم؟ قلنا: صححا ذلك من حيث المعنى، والزيافة من حيث المعنى عين لا وصف، فإن قوله لفلان عليّ ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف صار بمنزلة قوله إلا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف، وهناك صح هذا البيان موصولاً بالإجماع، وهذا في معناه فينبغي أن يصح فصار ذلك نوعاً للدراهم لا وصفاً بمنزلة قوله في الحنطة إلا أنها رديئة، إلى هذا أشار في الأسرار والفوائد الظهيرية انتهى. قال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية: وهاهنا بحث، إذ حينئذ ينبغي أن يقبل إذا فصل فتأمل. أقول: بحثه ليس بشيء، لأن هذا البيان وإن كان عندهما بيان نوع الدراهم إلا أنه بيان تغيير بناء على أن مطلق العقد يقتضي السلامة والجودة عرفاً، فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغييراً لمقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر، وبيان التغيير لا يصح إلا موصولاً، وإنما وقع ذلك الفاضل في الغلط من قول صاحبي النهاية ومعراج الدراية: فصار كما صرحوا به إلا أن مرادهما أن ذلك بمنزلة قوله في الحنطة إلا أنها رديئة في مجرد كونه نوعاً لا وصفاً لا في الاتحاد في جهة البيان، كيف وقد صرحوا بأن هذا بيان تغيير وذاك بيان تفسير. قال المصنف رحمه الله **(بخلاف ما إذا قال عليّ كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة، لأن الرداءة نوع)** أي منوّعة **(لا عيب)** لأن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة فكانت الرديئة نوعاً منها ولهذا قالوا: لو اشترى حنطة مشاراً إليها فوجدها رديئة لم يكن له خيار الرد بالعيب **(فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها)** أي عن الرداءة، إذ ليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولاً ومفصولاً، كذا في المبسوط وغيره. وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام: فإن قيل: قد يستثنى الوصف كما إذا قال له عليّ كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة، لأن الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد. أجاب بقوله لأن الرداءة نوع لا عيب. فإن قيل: فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعاً للتحكم. أجيب بأن الرداءة في الحنطة منوعة لا عيب وفي الدراهم عيب

المصنف، وفيه نظر فإنه إنما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أو لا وليس كذلك كما تقدم في البيوع. قال: **(وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير الخ)** ولو قال له عليّ ألف من ثمن خمر أو من ثمن خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي

قوله: **(فليس في بيانه تغيير)** أقول: بل فيه تفسير مجمل.

كما في الغصب. ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها **(ولو قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق)** بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناولها **(وقيل لا يصدق)** لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى

انتهى. أقول: فيه نظر، لأن مفاد الجواب الثاني أن الرداءة في الدراهم عيب وفي الحنطة ليست بعيب لا أنها في الدراهم وصف وفي الحنطة ليست بوصف، فلا يندفع به أصل السؤال لأن حاصله نقض القول بأن استثناء الوصف لا يجوز بجواز استثناء وصف الرداءة في الحنطة. على أنه لا يندفع به السؤال الثاني أيضاً لأن حاصله طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم. ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم. ثم أقول: الباعث على شرحه المقام بالوجه المزبور هو أنه حسب أن قول المصنف رحمه الله: بخلاف ما إذا قال عليّ كرّ حنطة الخ متعلق بما ذكره في قبيله وهو قوله لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فوقع فيما وقع، ولكن لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قوله المذكور متعلق بما ذكره في أوائل دليل أبي حنيفة رحمه الله وهو قوله لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب، والزيافة عيب يرشد إليه قطعاً قوله هاهنا فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بعد قوله لأن الرداءة نوع لا عيب. ثم أقول: وأما السؤال الذي ذكره الشارح المذكور بقوله: فإن قيل قد يستثنى الوصف كما إذا قال له عليّ كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة. فجوابه أن يقال: ليس هناك استثناء حقيقة، وإنما قوله إلا أنها رديئة بيان وتفسير للحنطة في قوله عليّ كرّ حنطة في صورة الاستثناء، يرشد إليه أن صاحب الكافي قال في تقرير هذه المسألة بخلاف ما لو قال له عليّ كرّ برّ من ثمن مبيع أو قرض، ثم قال هو رديء فالقول قوله في ذلك وصل أم فصل، لأن الرداءة ليست بعيب في البرّ انتهى حيث بدل قوله إلا أنها رديئة بقوله هو رديء تنبيهاً على أنه ليس مطمح النظر في هذه المسألة صيغة الاستثناء بل إن الرداءة في مثل البرّ ليست بعيب، فظهر أن جعل قول المصنف لأن الرداءة نوع لا عيب جواباً عن السؤال المزبور من ضيق العطن. فإن قلت: للسؤال المزبور جواب آخر أظهر ما ذكرته، وهو أن قوله إلا أنها رديئة ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الرديئة، فالمراد استثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب؟ قلت: لأنه ينتقض على أصل أبي حنيفة بما إذا قال إلا أنها زيوف فإنه لا يقبل عنده مع جريان أن يقال إنه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيافة بل لاستثناء العين وهو الدراهم الزيوف، ونحن الآن بصدد تتميم قول أبي حنيفة فلا مجال للتشبث بذلك الجواب هاهنا فتدبر **(وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول)** المراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط، ويعبر عنها بظاهر الرواية. وعن الأمالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية **(أنه يصدق في الزيوف إذا وصل)** يعني في القرض، كذا وقع في النهاية. وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بأن قال: وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل يعني إذا قال لفلان عليّ ألف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الأصول إذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض، أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات **(لأن القرض يوجب مثل المقبوض)** يعني أن المستقرض إنما يصير مضموناً على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض **(وقد يكون)** المقبوض في

حنيفة وصل أم فصل إذا لم يصدقه المقر له لأنه رجوع لأنه أقرّ بوجوب ألف ثم زعم أنه لم يكن واجباً عليه، لأن ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعاً، وقالا: إذا وصل لم يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب، لأن الخمر مال يجري فيه الشحّ والضنة، وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها، فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه

قال المصنف: **(وقيل، إلى قوله: ينصرف إلى العقود الخ)** أقول: أي عند أبي حنيفة وصل أم فصل، وعندهما يصدق إذا وصل لأنه بيان تغيير، ثم أقول: يشبه أن يكون القول الأول لمحمد والثاني لأبي يوسف كما مر في مسألة إيهام الإقرار للحمل في الورق السابق.

العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم (**ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أو فصل**) لأن الإنسـان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل

القرض (**زيفاً كما في الغصب**) فالواجب حينئذ الزيف لأن القرض يقضي بالمثل كالغصب فيصدق فيه ما يصدق في الغصب. **أقول**: لقائل أن يقول: هذا التعليل يقتضي أن يصدق في الزيوف في القرض وصل أم فصل كما في الغصب على ما سيأتي مع أنه لا يصدق في صورة القرض إذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به (**ووجه الظاهر**) أي وجه ظاهر الرواية (**أن التعامل بالجياد**) يعني أن المتعارف في التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف إلى المتعارف (**فانصرف مطلقه**) أي مطلق القرض (**إليها**) أي إلى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا تقبل دعوى الزيافة لأنها رجوع عما أقرّ به (**ولو قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض**) أي لو أرسل ولم يبين الجهة وادعى أنها زيوف (**قيل يصدق بالإجماع**) يعني إذا وصل (**لأن اسم الدراهم يتناولها**) أي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها إلى الجياد (**وقيل لا يصدق**) قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير: أي لا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل، وأما عندهما فيصدق إذا وصل ولا يصدق إذا فصل، فحاصل المعنى: وقيل هو على الاختلاف السابق أيضاً كما صرحوا به (**لأن مطلق الإقرار**) بالدين (**ينصرف إلى العقود**) أي إلى الإلزام بسبب العقود (**لتعينها مشروعة**) أي لكونها هي المشروعة (**لا إلى الاستهلاك المحرم**) أي لا ينصرف إلى الإلزام بسبب الاستهلاك المحرم، إذ لا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن، فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء. قال في الفتاوى الصغرى: ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر: لم يذكر هذا في الأصول. فمن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف، ومنهم من قال هاهنا يصدق إجماعاً لأن الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى (**ولو قال اغتصبت منه ألفاً أو قال أودعني**) أي أودعني ألفاً (**ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدّق وصل أم فصل**) هذه من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف في تعليلها (**لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له**) أي لواحد من الغصب الإيداع (**ولا تعامل**) بخلاف البيع فإن عقد البيع يقتضيها في الجياد: أي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في إيداعها، بخلاف القرض فإن التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الإقرار بغصب الألف أو إيداعها تغييراً لأوّل كلامه (**فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل**) قال صاحب العناية: وفيه نظر، لأنه قد تقدم في قول أبي حنيفة إن الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعاً فلا يقبل أصلاً، فلا أقل من أن يكون بياناً مغيراً فلا يقبل مفصولاً انتهى. **أقول**: هذا النظر في غاية السقوط، لأنه إنما يلزم من كون الزيافة عيباً في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعاً أو بياناً مغيراً إن لم يتناول أول كلام المقرّ المعيوب وغير المعيوب على السواء، بل كان مخصوصاً بغير المعيوب وهو الجياد، إما من جهة تحقق المقتضى كما في البيع أو التعامل كما في القرض. وإذ قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا

بياناً مغيراً فيصح موصولاً، فصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله. وأجاب بأن ذلك تعليق لأن صيغته وضعت له والتعليق بين أهل اللسان متعارف كالإرسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الإرسال، فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الإرسال، وهذا إبطال والإبطال رجوع والرجوع بعد الإقرار غير صحيح موصولاً ومفصولاً. ولو قال له عليّ ألف من ثمن متاع أو أقرضني ألفاً وبين أنها زيوف أو نبهرجة وقال المقرّ له هي جياد لزمه الجياد عند أبي حنيفة، وقالا: إن قال ذلك

قوله: (في الجهة الموجبة لها) أقول: أي للموصوف، وأنث الضمير بتأويل كون ذلك الموصوف دراهم وما يشبهها قوله: (**وإلا كانت نوعاً**) **أقول**: أي منوعاً قوله: (**لما اقتضتها تقيدت بها**) **أقول**: يعني لما اقتضت السلامة تقيدت بالسلامة قوله: (**فلا يمكن أن تكون الزيادة نوعاً منها**) **أقول**: في شي إلا أن يراد بالضمير الراجع إليها السليمة على طريق الاستخدام.

فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل، ولهذا لو جاء رادّ المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله. وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولاً اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان. ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق، وإن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم

التعامل بها في الغصب والإيداع تعين تناول أول كلام المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعاً عما أقرّ به أصلاً ولا بياناً مغيراً في شي بل كان بيان النوع قطعاً. وقال صاحب العناية: ويمكن أن يجاب عنه بأنا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفاً بها من حيث الخلقة فيكون منوعاً ليس إلا كما في الحنطة وقد لا يكون، وحينئذ يجوز أن يكوّن منوعاً وعيباً، والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها، فإن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيباً وإلا كانت نوعاً، وذلك لأنها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعاً منها لتباينها لكنها تنافيها تنافي التضادّ فكانت عيباً، لأن ضد السلامة عيب، وإذا لم تقتضيها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله إياهما لاحتمال الجنس الأنواع هذا، انتهى كلامه. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل، أما أوّلاً فلأن الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفاً بها من حيث الخلقة أصلاً إذ هي أمر عارض للدراهم تخلو عنها الدراهم في أصل خلقتها، وإنما التي قد يكون الموصوف بها متصفاً بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الحنطة كما مر وهي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى لخلط ذلك هاهنا. وأما ثانياً: فلأن ما ذكره في الضابط من أن الجهة الموجبة للدراهم إن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيباً، وإلا كانت نوعاً ليس بمعقول المعنى، لأن كون الزيافة في الدراهم عيباً أمر مقرّر غير تابع لاقتضاء الجهة الموجبة لها السلامة، وإنما تأثير اقتضائها السلامة عند أبي حنيفة في إخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكورة في تلك الجهة لا في جعلها معيوبة، وكذلك في كون الزيافة نوعاً: أي منوّعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة، بل الزيافة كالجودة منوّعة على كل حال، فإن الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعاً سواء اقتضت الجهة السلامة أم لا. وأما ثالثاً: فلأنه إن أراد بقوله وإذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم أنهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ولم تكن الزيافة عيباً فهو ممنوع، بل الزيافة عيب على كل حال، وكونها نوعاً لا ينافي كونها عيباً، فإن كون بعض الأنواع معيوباً بالنسبة إلى بعض الآخر ليس بعزيز، وإنما لا تكون عيباً لو كانت في أصل خلقة الدراهم وليست كذلك. وإن أراد بذلك أنهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم، وإن كانت الزيافة عيباً أيضاً فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره أصلاً كما لا يخفى على الفطن. قال المصنف **(ولهذا)** أي ولأجل أن لا مقتضى له في الجياد ولا تعامل **(لو جاء رادّ المغصوب)** وهو الغاصب **(والوديعة)** أي ورادّ الوديعة وهو المودع **(بالمعيب)** متعلق بجاء: أي لو جاء رادّهما بالمعيب **(كان القول له)** أي للرادّ فإن الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضميناً كان أو أميناً **(وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه)** أي في الغصب لا في الوديعة كما صرحوا به **(مفصولاً)** أي إذا ادعى الزيافة مفصولاً **(اعتباراً بالقرض)** أي قياساً عليه **(إذ القبض فيهما)** أي في الغصب والقرض **(هو الموجب للضمان)** يعني أن الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض، وجوابه يفهم مما تقرر تدبر **(ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقرّ بالغصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق)** هذه المسألة مما ذكروه في شروح

موصولاً صدق وإلا فلا وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص لكن على أحد قول أبي يوسف فإن في رواية عنه لا يصدق وإن وصل، وعلى هذا إذا قال له عليّ ألف درهم إلا أنها زيوف بكلمة الاستثناء، وعلى هذا إذا قال له عليّ ألف درهم زيوف من ثمن متاع. لهما أنه بيان مغير لأن اسم الدراهم إذا أطلق ينصرف إلى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوّز به في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالاً، والستوقة بمجازه لأنها تسمى دراهم مجازاً فأمكن أن يتوقف صدر

لكن الاسم يتناولها مجازاً فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل **(وإن قال في هذا كله ألفا ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق)** لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولاً. بخلاف الزيافة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه **(ومن أقرّ بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له)** لأن الغصب لا يختص بالسليم **(ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن، وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن)** والفرق أن في الفصل الأول أقرّ بسبب الضمان وهو الأخذ ثم أدعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين. وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذاك يدعي

الجامع الصغير تفريعاً على المسألة المارة. قال الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وإن قال هي ستوقة أو رصاص صدق إن وصل ولم يصدق إذا فصل: يعني في الغصب والوديعة وذلك لأنها ليست من جنس الدراهم حقيقة وإن كانت من جنسها صورة، فصار إرادتها باسم الدراهم كإرادة المجاز باسم الحقيقة، وإذا بين أنه أراد باللفظ المجاز موصولاً قبل وإلا فلا انتهى. وعلل المصنف هذه المسألة بما علل به الإمام الإسبيجابي فقال: **(لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم)** أي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوّز بها في باب الصرف والسلم **(ولكن الاسم)** أي اسم الدراهم **(يتناولها)** أي يتناول الستوقة **(مجازاً)** للمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة **(فكان بياناً مغيراً)** لما اقتضاه أول كلامه، لأن أول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة، وبآخر كلامه بين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة **(فلا بدّ من الوصل)** لأن بيان التغيير يصح موصولاً لا مفصولاً، بخلاف ما سبق لأن الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لأول كلامه فصح موصولاً ومفصولاً **(وإن قال في هذا كله)** أي فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والإيداع **(القائم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق، وإن وصل صدق)** هذه من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف في تعليلها **(لأن هذا استثناء المقدار)** أي استثناء لبعض ما أقرّ به من المقدار **(والاستثناء يصح موصولاً)** لا مفصولاً فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى **(بخلاف الزيافة لأنه وصف)** أي لأن الزيافة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف **(واللفظ يتناول المقدار دون الوصف، وهو)** أي الاستثناء **(تصرف لفظي كما بينا)** فيما مرّ فيصح في متناول اللفظ دون غيره **(ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام)** أي لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس أو أخذ السعال أو ما أشبه ذلك **(فهو واصل)** أي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه **(لعدم إمكان الاحتراز عنه)** لأن الإنسان قد يحتاج إلى أن يتكم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفواً. قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير: ولو فصل بينهما بفصل بطريق الضرورة بأن انقطع عنه الكلام ثم وصل، فعن أبي يوسف أنه يصح استثناؤه وعليه الفتوى، لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر أن يتكلم به بنفس واحد فجعل ذلك عفواً. انتهى كلامه. وقال الكاكي في معراج الدراية: وبه قال الأئمة الثلاثة: يعني مالكاً والشافعي وأحمد رحمهم

الكلام على عجزه، فإذا ذكرها آخراً كان بيان تغيير فيصح موصولاً كالشرط والاستثناء وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة. ولأبي حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلاً تحت العقد لكون دعواه بياناً بل يكون رجوعاً عن بعض موجبه، وصار كما إذا قال بعتك معيباً وقال المشتري سليماً كان القولُ للمشتري لما بينا أن مطلق العقد يقتضي السلامة **(والستوقة ليست من جنس الأثمان والبيع يرد على الثمن)** فلم يكن من محتملات العقد **(فكان)**

قال المصنف: **(بخلاف الزيافة لأنه وصف الخ)** أقول: في بعض ما ذكره وهو البيع والقرض، وإنما قلنا ذلك لما سبق آنفاً من أنه في الغصب والوديعة بيان النوع فينبغي أن يصح الاستثناء فتأمل.

سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء، فإن قال قائل: إعطاؤه والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه، فنقول: قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه، ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان، وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقرّ وإن أقرّ بالأخذ لأنهما توافقا هنالك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقرّ له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا. **(وإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها فقال فلان**

الله تعالى **(ومن أقرّ بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لأن الغصب لا يختص بالسليم)** فإن الإنسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أم فصل **(ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال)** أي المقرّ له **(لا بل أخذتها غصباً فهو)** أي المقرّ **(ضامن)** يعني كان القول في هذه المسألة قول المقر له مع يمينه فالمقرّ ضامن إلا أن ينكل المقر له عن اليمين **(وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال)** أي المقرّ له **(لا بل غصبتنيها لم يضمن)** أي لم يضمن المقر في هذه المسألة بل كان القول قوله مع يمينه، وهاتان المسألتان من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف **(والفرق)** بينهما **(أن في الفصل الأول)** وهو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة **(أقرّ بسبب الضمان وهو الأخذ)** لقوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى ترده»[1] وهذا يتناول رّد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائماً مقام الأصل **(ثم ادعى)** أي ثم ادعى المقرّ بقوله وديعة **(ما يبرئه)** عن الضمان **(وهو الإذن)** بالأخذ **(والآخر)** وهو المقر له **(ينكره)** أي ينكر الإذن **(فيكون القول له مع اليمين)** هذا ما قالوا. أقول: فيه بحث، لأنهم إن أرادوا أن الأخذ مطلقاً سبب الضمان فهو ممنوع، بل الأخذ إذا كان بإذن المالك كأخذ الوديعة بإذن المودع فليس بسبب الضمان قطعاً لقوله ﷺ «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان، ولا على المستودع غير المغلّ ضمان»[2] كما استدلوا به في كتاب الوديعة. على أن الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمن، فيكون ما أخذته اليد بهذا الطريق مخصوصاً عن قوله عليه الصلاة السلام «على اليد ما أخذت حتى ترده»[3] وإن أرادوا أن الأخذ بغير إذن المالك سبب الضمان فهو مسلم، ولكن لا نسلم أن في الفصل الأول أقر بالأخذ بغير الإذن، بل أقر بالأخذ المقيد بكونه وديعة وهو الأخذ بالإذن فتأمل في الجواب. قال في الكفاية: فإن قيل: ينبغي أن يصدق المقر

دعواها (رجوعاً) قال: (وقوله إلا أنها وزن خمسة) جواب عما استشهد به. ووجهه أنه ليس مما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء لأنه مقدار، بخلاف الجودة فإنها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار. فإن قيل: قد يستثنى الوصف كما إذا قال له عليّ كرّ حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع

---

(١) يشبه الحر. . أخرجه أبو داود ٣٥٦١ والترمذي ١٢٦٦ وابن ماجه ٢٤٠٠ والحاكم ٢/ ٤٧ والبيهقي ٦/ ٩٠ وأحمد ٥/ ٨، ١٢، ١٣ كلهم من حديث سمرة وزاد بعضهم «ثم إن الحسن نسي حديثه فقال: هو أمينك لا ضمان عليه».
قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وسكت الذهبي وقال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٥٣: والحسن مختلف في سماعه من سمرة اهـ.
وهذه علة للحديث توهنه لا سيما، والحسن مدلس، وقد عنعنه. والجمهور على أن الحسن سمع، فقط من سمرة حديث العقيقة.
(٢) ضعيف، أخرجه الدارقطني ٣/ ٤١ والبيهقي ٦/ ٩١ كلاهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وكذا روياه عن شريح القاضي موقوفاً.
وفي إسناد المرفوع عمرو بن عبد الجبار وعبيدة بن حسان.
قال الدارقطني عنهما: ضعيفان، وكذا نقل عنه البيهقي، وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: عبيد لم يُضعفه أحد من أهل هذا الشأن، وذكره البخاري في تاريخه، ولم يذكر فيه جرحاً، وعمرو أيضاً لم يضعفه أحد، وذكره ابن عدي، ولم يزد على قوله له مناكير.
وأخرج الدارقطني في طريق أخرى ضعيفة عن عمرو بن شعيب عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضمان على مؤتمن».
(٣) تقدم قبل حديث واحد.

هي لي فإنه يأخذها) لأنه أقرّ باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر **(ولو قال آجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردّها، أو قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله)** وهذا عند أبي حنيفة **(وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب)** وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان. ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) وجه القياس ما بيناه في الوديعة. وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت

ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان عليّ ألف وديعة. قلنا: صدر الكلام هنا موجبه الغصب فلا يحتمل الوديعة، فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام، وأما قوله لفلان عليّ ألف يحتمل الوديعة: يعني على حفظه، فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولاً انتهى. أقول: في الجواب بحث، إذ لا نسلم أن صدر الكلام هنا موجبه الغصب، كيف وسيجيء في كتاب الغصب أن الغصب في اللغة: أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب؟ وفي الشريعة: أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده، ولا ريب أن صدر الكلام هاهنا وهو قوله أخذت منك ألف درهم أعم من كل واحد من معنيي الغصب. ومن المقرر أن العام لا يدل على الخاص بإحدى الدلالات الثلاث، فأنى يكون موجبه الغصب، وكأنّ صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في الكفاية من السؤال والجواب. كذا قيل وفيه نوع تأمل **(وفي الثاني)** أي وفي الفصل الثاني وهو قوله أعطيتنيها وديعة **(أضاف الفعل إلى غيره)** وهو المقر له فلم يكن مقراً بسبب الضمان **(وذاك)** أي ذاك الغير **(يدعي عليه)** أي على المقرّ **(سبب الضمان وهو الغصب)** والمقر ينكره **(فكان القول لمنكره مع اليمين)** قال المصنف **(والقبض في هذا)** أي في الحكم المذكور **(كالأخذ)** يعني لو قال المقرّ قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامناً، كما لو قال أخذت منك ألف درهم وديعة **(والدفع كالإعطاء)** يعني لو قال المقر دفعت إليّ ألف درهم وديعة فقال المقرّ له بل غصبتنيها لم يضمن كما لو قال أعطيتنيها **(فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه)** أي إلى المقر **(لا يكون إلا بقبضه)** فكان الإقرار بالإعطاء والدفع إقرار بالقبض، وإذا أقر بالقبض يضمن فينبغي أن يضمن إذا أقرّ بالإعطاء والدفع أيضاً **(فنقول)** في الجواب: لا نسلم أن الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه بل **(قد يكون)** كل واحد من الإعطاء والدفع **(بالتخلية والوضع بين يديه)** بدون قبضه فلم يقتض الإقرار بهما الإقرار بالقبض **(ولو اقتضى ذلك)** أي ولئن سلمنا أنه اقتضى ذلك **(فالمقتضى ثابت ضرورة)** والثابت بالضرورة يثبت بأدنى ما يندفع به الضرورة **(فلا يظهر في انعقاد سبب الضمان)** لعدم الحاجة إليه. قال المصنف **(وهذا)** أي وهذا الذي قلنا من ضمان المقرّ بالأخذ وديعة إذا قال المقر له أخذتها غصباً **(بخلاف ما)** أي ملابس، بخلاف ما **(إذا قال)** أي المقرّ **(أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر وإن أقرّ بالأخذ لأنهما توافقا هنالك)** أي فيما إذا قال المقر له أخذتها قرضاً **(على أن الأخذ كان بالإذن)** لأن الأخذ بالقرض لا يكون إلا بالإذن كالأخذ بالوديعة **(إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر)** ذلك فكان القول للمنكر **(فافترقا)** أي فافترق ما إذا قال المقر له أخذتها غصباً وما إذا قال أخذتها قرضاً. أقول: هاهنا نظر، لأن الذي يدعيه المقر إنما هو ما يبرئه عن الضمان كما صرح به في المسألة الأولى، وليس ذلك هو الإذن المطلق، فإن كثيراً مما يحصل بالإذن كالبيع والقرض ونظائرهما أسباب موجبة للضمان فلا يتصوّر أن تكون مبرئة عن الضمان، بل إنما ذلك هو الإذن

واحد. أجاب بقوله لأن الرداءة نوع لا عيب. فإن قيل: فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعاً للتحكم. أجيب بأن الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم عيب، لأن العيب ما يخلو عنه أصل الخلقة السليمة، والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة وإن كان نوعاً لم يكن مقتضى مطلق العقد لأنه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يتبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولاً كان أو مفصولاً. وعن أبي حنيفة في

ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدماً فيما وراء الضرورة فلا يكون إقراراً له باليد مطلقاً، بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به اعترافاً باليد للمودع. ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقرّ بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته. ولا كذلك في مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة، وقد تكون من غير صنعه. حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف، وليس مدار الفرق

المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة، ولا شك أن المقر له لا يوافقه على الأخذ بهذا الإذن المخصوص، وإلا لما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض. وأما توافقهما على مطلق الإذن فلا يجدي نفعاً في الفرق لأن ادعاء المقر ما يبرئه عن الضمان وهو الإذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة وإنكار المقر له إياه بقوله لا باقيان بعينهما فيم إذا قال المقر له بل أخذتها قرضاً غاية الأمر أن المقر له أيضاً يدعي سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره. وإذا تعارض دعواهما وإنكارهما بقي إقرار المقر أولاً بسبب الضمان وهو الأخذ سالماً عن الدافع كما فيما إذا قال المقر له بل أخذتها غصباً فلم يفترقا افتراقاً يوجب اختلاف الحكم تأمل جداً (**وإن قال هذه الألف كانت لي وديعة عند فلان فأخذتها**) منه (**فقال فلان هي لي فإنه**) أي فإن فلاناً (**يأخذها**) هذه من مسائل الجامع الصغير. قال المصنف في تعليلها (**لأنه**) أي لأن المقر (**أقرّ باليد له**) أي لفلان. وفي الكافي: وأقرّ بالأخذ منه والسبيل في الأخذ بالردّ على المأخوذ منه (**وادعى استحقاقها عليه**) أي ادعى استحقاقه الألف على فلان بقوله كانت لي وديعة عند فلان (**وهو ينكر والقول للمنكر**) مع يمينه (**ولو قال آجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردّها**) عليّ (**أو قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه وردّه**) عليّ (**وقال فلان كذبت**) بل الدابة والثوب لي (**فالقول له**) أي للمقرّ (**وهذا**) أي كون القول قول المقر (**عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب**) وقول أبي حنيفة هاهنا استحسان وقولهما قياس، كذا قالوا في شروح الجامع الصغير وإليه أشار المصنف بقوله (**وهو القياس**) أي قول أبي يوسف ومحمد هو القياس، فيفهم منه أن قول أبي حنيفة هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد: وجه القياس وجه الاستحسان، ثم إن هذا كله إذا لم تكن الدابة أو الثوب معروفاً للمقر. أما إذا كان معروفاً له كان القول للمقر في قولهم جميعاً، لأن الملك فيه إذا كان معروفاً للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبباً للاستحقاق عليه، كذا في المبسوط والإيضاح وذكر في الشروح (**وعلى هذا الخلاف**) أي على الخلاف المذكور آنفاً (**الإعارة والإسكان**) بأن قال أعرت دابتي هذه فلاناً فركبها ثم ردها عليّ، أو أعرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ثم ردّه عليّ، وبأن قال أسكنت داري هذه فلاناً ثم أخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لي (**ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح**) احترز به عن قول بعضهم إن القول في هذا قول المقر بالإجماع فيكون ذلك دليلاً لأبي حنيفة، ولكن ذلك ليس بثابت في الأصول، بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف أيضاً قال المصنف (**وجه القياس ما بيناه في الوديعة**) أراد به قوله لأنه أقرّ باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (**وجه الاستحسان وهو الفرق**) بين مسألة الوديعة وبين هذه المسائل (**أن اليد**

غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل، لأن المستقرض إنما يصير مضموناً على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض، والمقبوض قد يكون زيفاً كما في الغصب. وجه الظاهر أن التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف إلى المتعارف، والمراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية، وعن الأمالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (**ولو قال لفلان عليّ ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة**) قال الفقيه أبو جعفر: لم يذكر هذا في الأصول، فمن المشايخ من قال: (**يصدق بالإجماع إذا وصل لأن اسم الدراهم يتناولها**)

قال المصنف: (**الإيداع إثبات اليد**) أقول: قال الإتقاني: يعني ثبوت الملك انتهى. والأظهر أن يقال: يعني في حق الحكم باليد للمقر له.

على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاه، لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضاً، وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم

في الإجارة والإعارة ضرورية) يعني أن اليد فيهما ليست بمقصودة بل هي ضرورية (تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عدماً) أي فتكون اليد معدومة (فيما وراء الضرورة) فلا تظهر في حق الاستحقاق على المقر لأن ما يثبت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة (فلا يكون) أي فلا يكون الإقرار بالإجارة والإعارة (إقراراً له) أي للمقرّ له (باليد مطلقاً) أي من كل وجه بل يكون إقراراً له باليد لأجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقراً بالملك لغيره ثم مدعياً لنفسه (بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصوده) فإن المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد (والإيداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به) أي بالإيداع (اعترافاً باليد للمودع) أقول: لقائل أن يقول: إن أراد أن الإقرار بالإيداع يكون اعترافاً باليد للمودع مطلقاً أي من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث قال: فكان الإقرار بالوديعة إقراراً باليد للمقر له مطلقاً فهو ممنوع، إذ الإيداع إثبات يد المحافظة دون إثبات يد الملك، فكيف يكون الإقرار بالإيداع إقراراً باليد مطلقاً للمودع، وإن أريد أن الإقرار به يكون اعترافاً بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يتم به التقريب كما لا يخفى (ووجه آخر) للاستحسان وهو الفرق (أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقرّ بيد ثابتة من جهته) أي من جهة المقر (فيكون القول قوله في كيفيته) أي في كيفية ثبوت اليد له بأيّ طريق كان كما لو كان في يده عبد وقال هذا عبدي بعته من فلان ولم أسلمه إليه بعد فقال المقرّ له لا بل كان عبدي لم أشتره منك كان القول قول المقرّ دون المقر له لهذا المعنى، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وكما لو قال ملكت عبدي هذا فلاناً بألف درهم إلا أني لم أقبض الثمن فلي حق الحبس كان القول له وإن زعم الآخر خلافه، كذا في العناية وشرح تاج الشريعة أخذاً من الأسرار (ولا كذلك في مسألة الوديعة، لأنه) أي لأن المقرّ (قال فيها كانت وديعة، وقد تكون) أي الوديعة (من غير صنعه) كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها، وكذا الثوب إذا هبت الريح فألقته في دار إنسان فإنه يكون وديعة عند صاحب الدار، وإن لم يدفعها إليه صاحبه، كذا في عامة الشروح. أقول: هنا كلام، أما أوّلاً: فلأن ظاهر قول المصنف وقد يكون من غير صنعه ينافي ما ذكره في الوجه الأول من أن الإيداع إثبات اليد قصداً، لأن إثبات اليد قصداً يقتضي الصنع. فإن قلت: مراده أنها قد تكون من غير صنع المقرّ لا من غير صنع المودع وكون الإيداع إثبات اليد قصداً إنما يقتضي صنع المودع فلا منافاة. قلت: فحينئذ يلزم أن لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح، وذكر الثاني صاحب الكافي أيضاً، إذ لا صنع لأحد في ثبوت يد الملتقط في اللقطة وفي ثبوت يد صاحب الدار في الثوب الذي ألقته الريح في داره. وأما ثانياً: فلأن تمثيل جمهور الشراح الوديعة هاهنا بالمثالين المزبورين ينافي ما صرحوا به في أول كتاب الوديعة من أن

ولم يذكر ما يصرفها إلى الجياد. وقال الكرخي: هو على الاختلاف (وقيل لا يصدق) عنده مطلقاً لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة، لا إلى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء (ولو قال اغتصبت منه ألفاً أو قال أودعني ألفاً ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل) في غصب الجياد ولا في إيداعها بخلاف الاستقراض فإن التعامل فيه بالجياد كما مر (فيكون بيان النوع فيصح وإن كان مفصولاً) وفيه نظر لأنه قد تقدم في قول أبي حنيفة أن الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعاً فلا يقبل أصلاً فلا

قال المصنف: (كان على هذا الخلاف) أقول: على هذا الوجه بخلاف الأول كما لا يخفى قوله: (على الإمام القمي) أقول: القمي بضم القاف هو علي بن موسى القمي تلميذ محمد بن شجاع البخلي، وهو تلميذ حسن بن زياد، وهو تلميذ أبي حنيفة، وقم: بلد معروف بالعراق قال المصنف: (وذلك إنما يكون بقبض مضمون) أقول: لعله من قبيل: سيل مفعم، إن كان التركيب توصيفياً، ويجوز أن يكون إضافياً قوله: (وعليك بتطبيق، إلى قوله: بحسن التدبير) أقول: فيه بحث.

أخذتها منه وأنكر المقرّ له حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضي بأمثالها، وذلك إنما يكون بقبض مضمون، فإذا أقرّ بالاقتضاء فقد أقرّ بسبب الضمان ثم ادّعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره، أما ها هنا

الوديعة هي التسليط على الحفظ، وذلك إنما يكون بالعقد والقصد، والأمانة أعم من ذلك، فإنها قد تكون بغير عقد وقصد كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان فألقته في بيت غيره، ووجه المنافاة ظاهر **(حتى لو قال)** أي المقر **(أودعتها كان)** جواب هذه المسألة أيضاً **(على هذا الخلاف)** المذكور في مسائل الإجارة والإعارة والإسكان. أقول: بقي هاهنا شيء، وهو أن الفرق المذكور إنما يتضح لو كانت صورة مسألة الوديعة ما لو قال هذه الألف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لي. وأما على ما ذكرت في الكتاب من قوله فإن قال هذه الألف كانت لي وديعة عند فلان فيشكل ذلك، إذ الظاهر أن لفظة لي تفيد ثبوت اليد من جهته فيؤول معنى قوله المذكور إلى معنى قوله أودعتها عند فلان **(وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه)** أي عدم ذكر الأخذ **(في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاه)** أي الإعارة والإسكان. قال في غاية البيان: إنما ذكر الضمير الراجع إلى الإجارة على تأويل العقد. قلت: وإنما قال وأختاه ولم يقل وأخواه مع أن أحدهما وهو الإسكان كان مذكراً، وفي مثل ذلك يغلب المذكر على المؤنث ولا يعكس، أما على تأويلهما بالصورتين أو بالمسألتين ومراد المصنف هاهنا الرد على الإمام القمي فيما ذكر من الفرق فإنه قال: إنما وجب الرد في مسألة الوديعة لأنه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الأخذ الرد. وقال في الإجارة وأختيها: فردها عليّ فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع. وقالوا في شروح الجامع الصغير: هذا الفرق ليس بشيء، لأن محمداً ذكر في كتاب الإقرار لفظ الأخذ في الإجارة وأختيها أيضاً، وإليه أشار بقوله **(لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضاً)** بقي وجه آخر للفرق ذكره الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير، ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية، وهو أن في الإجارة والإعارة لو أخذنا المؤجر والمعير بإقرارهما امتنع الناس عن الإجارة والإعارة فلا يؤاخذان بإقرارهما استحساناً كيلا تنقطع الإجارة والإعارة، وأما في الوديعة فمنفعة الإيداع تعود إلى المالك، فلو أخذنا المالك بإقراره لا ينقطع الإيداع انتهى. أقول: يرد عليه أن يقال: تعود المنفعة في الإجارة أيضاً إلى المالك وهو المؤجر، لأنها عقد معاوضة لا عقد تبرّع فتعود فيها منفعة الأجرة إلى المؤجر قطعاً، كما يعود في الإيداع منفعة الحفظ إلى المودع، فلم يتم الفرق المذكور بالنظر إلى مسألة الإجارة وإن تم بالنظر إلى مسألة الإعارة، اللهم إلا أن يقال: منفعة الأجرة وإن عادت في الإجارة إلى المؤجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود إلى المستأجر، ولا يقدر المؤجر على الانتفاع بها مدة الإجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الإيداع فإنه نفع محض للمودع فافترقا في الجملة **(وهذا)** أي الذي ذكر في الإجارة وأختيها **(بخلاف ما إذا**

أقل من أن يكون بياناً مغيراً فلا يقبل مفصولاً. ويمكن أن يجاب عنه أنا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفاً بها من حيث الخلقة فيكون منوعاً ليس إلا كما في الحنطة، وقد لا يكون، وحينئذ يجوز أن يكون منوّعاً وعيباً. والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فإن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيباً وإلا كانت نوعاً، وذلك لأنها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعاً منها لتباينهما، لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيباً، لأن ضد السلامة عيب، وإذا لم تقتضها كانت نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله إياهما احتمال الجنس الأنواع هذا، والله أعلم بالصواب قوله: **(ولهذا)** أي ولأجل أن لا مقتضى له في الجياد لو جاء رادّ المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له؛ فإن الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضميناً كان أو أميناً. وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولاً اعتباراً بالقرض، إذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما. ولو أقرّ بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة أو رصاص موصولاً صدق، لأن ستوقة ليست من جنس الدراهم كما مر، لكن كلامه يحتمله مجازاً فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل **(ولو قال في هذا كله)** يعني المذكور من البيع والقرض والغصب **(ألفاً إلا أنه ينقص كذا فإن وصل صدق لأنه استثناء مقدار)** وقد تقدم بيانه **(ولو كان**

المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا، ولو أقرّ أن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلانٌ وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر

قال اقتضيت) أي قبضت (من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفاً ثم أخذتها منه وأنكر المقرّ له حيث يكون القول قوله) أي قول المقرّ له (لأن الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها (وذلك) أي قضاء الديون بأمثالها (إنما يكون بقبض مضمون) أي بقبض مال مضمون يصير ديناً على الدائن ثم يصير قصاصاً بدينه على المديون (فإذا أقرّ بالاقتضاء فقد أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره، أما هاهنا) يعني في صورة الإجارة وأختيها (المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا) قال صاحب العناية في تقرير هذا المقام: لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك معلومٌ، فإذا أقرّ باقتضاء الدين فقد أقرّ بقبض مثل هذا الدين لأن الاقتضاء إنما يكون بقبض مال مضمون، والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقرّ بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره، أما هاهنا: يعني في صورة الإجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا. وقال: وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبر إن شاء الله تعالى. أقول: لا يظهر لذي فطرة سليمة بتطبيق ما ذكره بما في المتن ويتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتأخير في كلام المصنف، بل يظهر له نوع اختلال في كلام الشارح. أما الأوّل: فلأن قوله فإذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المصنف فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضي تقديم ذاك تقديم هذا، كيف. ولو قدم هذا ووضع موضع ذاك فقيل لأن الديون تقضى بأمثالها، فإذا أقرّ بالاقتضاء فقد أقرّ بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء في فإذا أقر مثل ما تم في تقديم ذاك يشهد بذلك كله الذوق الصحيح. وأما الثاني: فلأنه علل قوله فإذا أقرّ باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين

الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل) لأن الإنسان قد يحتاج إلى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكن أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفواً لعدم الاحتراز عنه قال: (ومن أقرّ بغصب ثوب) هذه تقدم وجهها أن الغصب لا يختص بالسليم قوله: (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم) المقرّ إما أن يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله أخذت وشبهه، أو على فعل غيره كأعطيت، فإن كان الأول وأتى بما لا يوجب الضمان نحو أن يقول أخذت وديعة فإن صدقه المقرّ له فذاك، وإن كذبه فإن ادعى ما يدل على الإذن بالأخذ كالقرض فالقول للمقرّ مع يمينه، وإن ادعى غيره ضمن المقر لأنهما في الأولى توافقا على أن الأخذ كان بالإذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره، فكان القول قوله بخلاف الثانية. وإن كان الثاني نحو أن يقول أعطيتني وديعة وادعى الآخر غصباً لم يضمن، والفرق أنه في الأول أقرّ بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وأنكره الخصم فكان القول قوله، وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله. فإن قيل: الإعطاء والدفع لا يكون إلا بقبضه. قلنا: ممنوع قد يكون بالتخلية. سلمناه لكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده سبباً للضمان، وكلامه ظاهر قوله: (القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب) يعني إذا لم يكن ذلك معروفاً للمقر، أما إذا كان معروفاً كان القول للمقر في قولهم جميعاً، لأن الملك فيه إذا كان معروفاً للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه. وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول بعضهم إن القول هاهنا قول المقر بالإجماع فيكون ذلك دليلاً لأبي حنيفة. وقوله (وجه القياس ما بيناه في الوديعة) أراد به قوله لأنه أقرّ باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر. وقوله (فيكون القول قوله في كيفيته) أي في كيفية ثبوت اليد بأيّ طريق كان، كما لو قال ملكت عبدي لك بألف درهم إلا أني لم أقبض الثمن ولي حق الحبس كان القول قوله وإن زعم الآخر خلافه. وقوله (وقد يكون من غير صنعه) كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها، وكذا إذا هبت الريح وألقت ثوباً في دار إنسان. وقوله (وليس مدار الفرق) إشارة إلى الردّ على الإمام القمي فيما ذكره أن الرد إنما وجب في مسألة الوديعة لأنه قال فيما أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الأخذ الرد. وقال في الإجارة وأختيها: أي العارية والسكنى فردها علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع. وقالوا في

فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد وإنما أقرّ بمجرد فعل منه، وقد يكون ذلك في ملك في يد المقرّ وصار كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد ويكون القول للمقرّ لما أنه أقرّ بفعل منه وقد يخيط ثوباً في يد المقر كذا هذا.

بقوله لأن الاقتضاء إنما يكون بقبض مال مضمون والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان، ولا يخفى أن مفاد هذا التعليل أن الإقرار بالاقتضاء إقرار بسبب الضمان، لأن الإقرار باقتضاء الدين إقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعي **(ولو أقر أن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر)** أي والحال أن ذلك كله في يد المقر **(فادعاها)** أي فادعى الأرض والدار والكرم **(فلان)** لنفسه **(وقال المقرّ لا بل ذلك كله لي استعنت بك)** على الزراعة أو البناء أو الغرس **(ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقرّ)** هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعاً وقال في تعليلها **(لأنه)** أي لأن المقرّ **(ما أقر له)** أي لفلان **(باليد، وإنما أقرّ بمجرد فعل منه)** أي من فلان **(وقد يكون ذلك)** أي الفعل من الغير **(في يد المقر)** يعني أن الإقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لأن العمل قد يكون من المعين والأجير والعين في يد صاحبها **(وصار)** أي صار حكم هذا **(كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه)** أي من الخياط **(وقد يخيط ثوباً في يد المقرّ كذا هذا)** أي كذا حكم المسائل المذكورة. قال في النهاية: فحصل من هذا كله أن جنس هذه المسائل على ثلاثة أنواع: ففي نوع منها كان القول قول المقرّ له بالإجماع وهو مسألة الوديعة والإقراض والاقتضاء. وفي نوع منها كان القول قول المقرّ بالإجماع وهو مسألة بيع العبد ومسألة زرع هذه الأرض أو بناءها هذه الدار ومسألة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه. وفي نوع منها اختلفوا فيه. فعند أبي حنيفة القول قول المقرّ كما في الثاني، وعندهما القول قول المقر له كما في النوع الأول وهو مسألة الإجارة والإعارة والإسكان وخياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى.

شروح الجامع الصغير: هذا الفرق ليس بشيء، لأن محمداً ذكر في كتاب الإقرار لفظ الأخذ في الإجارة وأختيها أيضاً، وإنما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب **(وهذا)** أي الذي ذكره في الإجارة وأختيها **(بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفاً ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لأن الديون تقضى بأمثالها)** وذلك معلوم، فإذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل هذا الدين، لأن الاقتضاء إنما يكون بقبض مال مضمون والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ثم ادّعى تملك ما أقرّ بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره، أما هاهنا: يعني في صورة الإجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا. وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف بحس التدبير إن شاء الله تعالى، وباقي كلامه لا يحتاج إلى شرح.

باب إقرار المريض

قال: (**وإذا أقرّ الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم**) وقال الشافعي رحمه الله: دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين، ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة

باب إقرار المريض

لما فرغ من بيان أحكام إقرار الصحيح شرع في بيان أحكام إقرار المريض، لأن المرض بعد الصحة، وأفرده بباب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح (**وإذا أقرّ الرجل في مرض موته بديون**) أي بديون غير معلومة الأسباب (**وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه**) أي في مرض موته (**بأسباب معلومة**) متعلق بلزمته: أي لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوّجها وعلم معاينة (**فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم**) على ما أقرّ به في مرضه، إلى هنا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف (**وقال الشافعي: دين المرض**) سواء كان بسبب معلوم أو بإقراره (**ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين**) وإنما تعرّض لوصفي العقل والدين لأنهما المانعان عن الكذب في الإخبار والإقرار إخبار عن الواجب في الذمة، ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه، بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لأن المرض سبب التورّع عن المعاصي والإنابة عما جرى في الماضي، فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة قبول الإقرار فيه أوفر، كذا في الشروح. واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوجه الذي ذكره المصنف حيث قال: فيه كلام، وهو أن هذا الدليل إنما يفيد مساواته للدين الثابت بالإقرار في الصحة فلا يطابق المدعي كما لا يخفى. والأولى أن يقال: وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستواء السبب المعلوم والإقرار انتهى كلامه. أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل إذا أفاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالإقرار في الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضاً بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين، ويطلق على مثل ذلك الإجماع المركب كما تقرر في علم الأصول. وأراد بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال: المدعي عام لما ثبت بالإقرار أو بالمعاينة والدليل خاص، ثم قال: ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى. أقول: لا حاصل له هاهنا لأنه إن أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض

باب إقرار المريض

أفرد إقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح، وأخره لأن المرض بعد الصحة. قال: (**وإذا أقرّ الرجل في مرض موته الخ**) إذا مرض المديون ولزمته ديون حال مرضه بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوّجها وعلم معاينة أو أقرّ في مرضه بديون غير معلومة الأسباب فديون الصحة والتي عرفت أسبابها مقدمة على الديون المقرّ بها (**وقال الشافعي: دين الصحة ودين المرض**) سواء كان بسبب معلوم أو لا (**يستويان لاستواء سببهما وهو**

باب إقرار المريض

قال المصنف: (**وإذا أقر الرجل، إلى قوله: مقدم**) أقول: التعبير عن المقر به تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد للدلالة على أنه لا فرق بين الدين والديون في الحكم قال المصنف: (**وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة، إلى قوله: ومناكحة**) أقول: المدعي عام لما ثبت بالإقرار أو بالمعاينة، والدليل خاص فينبغي أن يضم إليه أنه لم يفصل أحد بين الثابت بالإقرار في دين الصحة، والثابت بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت في المرض، ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى. ثم أقول: القياس على المبايعة والمناكحة يدلان على كون الإقرار سبب الملك عند الشافعي على ما ذهب إليه بعض أصحابنا لا دليله على ما هو المختار، وأشار إليه المصنف في تقرير دليل أئمتنا قوله: (**وهو الإقرار الصادر الخ**) أقول: أي هو الإقرار الصادر عن الأهل والإقرار المضاف إلى

ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير، وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء، ولهذا منع من التبرّع والمحاباة إلا بقدر الثلث، بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل، وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة، وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال

لأدنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالإقرار في الصحة على مساواته لا على ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة فليس بصحيح، إذ لا يلزم من وصول الشيء إلى رتبة الأدنى وصوله إلى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبيه بالأوّل على الثاني، وإن أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالإقرار في المرض للدين الثابت بالإقرار في الصحة على مساواة أعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة للدين الثابت بالإقرار في الصحة فهو مسلم، إذ يلزم من وصول الأدنى إلى رتبة شيء وصول الأعلى إلى رتبة ذلك الشيء بالأولوية لكنه لا يجدي شيئاً هاهنا، إذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن إفادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعي، وهذا لا يندفع بذلك، على أن مساواة الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلاً **(ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق)** وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء، فاستوى دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب، وإذا استويا وجوباً استويا استيفاء **(وصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة)** أي صار إقراره في المرض كإنشائه التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا هاهنا **(ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير)** أي إذا تضمن إبطال حق الغير؛ كما لو رهن أو آجر شيئاً ثم أقرّ أنه لغيره فإنه لا ينفذ إقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به **(وفي إقرار المريض ذلك)** أي إبطال حق الغير **(لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال)** يعني مال المريض **(استيفاء)** أي من حيث الاستيفاء **(ولهذا ذلك)** أي المريض **(من التبرّع والمحاباة إلا بقدر الثلث)** قال صاحب النهاية: أي فيما إذا لم يكن عليه دين، وأما إذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرّعه أصلاً في الثلث وما دونه انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية في حل هذا المحل بهذا المعنى، ولكن غير العبارة حيث قال: ولهذا منع من التبرع والمحاباة إذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه ديون انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ

الإقرار الصادر عن الأهل) إذ الغرض فيه المضاف إلى محله وهي الذمة القابلة للحقوق، فصار كإنشاء التصرف مبايعة أو مناكحة، وإنما تعرّض لوصف العقل والدين لأنهما المانعان عن الكذب في الإخبار، والإقرار إخبار عن الواجب في ذمته، ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقرّ ومرضه **(ولنا أن الإقرار غير معتبر إذا تضمن إبطال حق الغير وإقرار المريض تضمنه، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا من التبرّع والمحاباة)** أصلاً إذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين، وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض، فإنه لو كانتا

-المحل، ولكن بقي هاهنا شيء وهو أن ظاهر هذا الكلام لا يطابق المشروح قال المصنف: **(لأن حق غرماء الصحة الخ)** أقول: وبهذا يخرج الجواب عن قوله: ومحل الوجوب الذمة، فإن الدين يتعلق بالمال عند الموت لخراب الذمة، وسبب الموت المرض فيستند حكم الخراب إلى أول المرض ويصير كأن الدين متعلق بالمال عند الإقرار، إليه أشير في المبسوط قال المصنف: **(ولهذا منع من التبرع الخ)** أقول: التفريع بظاهره غير مستقيم كما لا يخفى على المتأمل، ثم رأيت في الكفاية ما يتوهم كونه جواباً عن ذلك، وهو هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالأولوية وهو أن المريض لما تعلق بما له حق الوارث لا يعتبر تبرعه إلا من الثلث، فإذا منع من التبرع فيما إذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلأن يمنع فيما إذا تعلق به حق الغريم وهو أقوى أول اهـ. وأنت خبير بأن عدم استقامة التفريع باق بعد قال المصنف: **(بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية)** أقول: سيجيء أن قضاء الدين أيضاً من الحوائج الأصلية. وإبطال حق الغرماء مشترك، فإن البضع ليس بمال متقوم فما الفرق؟ وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين هنا لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتأمل.

لقدرته على لاكتساب فيتحقق التثمير، وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر، بخلاف

الظاهر من قولهما إذا لم يكن عليه دين إذا لم يكن عليه شيء من الديون أصلاً بمقتضى وقوع النكرة في سياق النفي فحينئذ يصير معنى كلام المصنف: ولتعلق حق غرماء الصحة بمال الريض منع من التبرّع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما إذا لم يكن على المريض دين أصلاً. ولا يخفى أن هذا معنى لغو يناقض آخره أوله، لأنه إذا لم يكن على المروض دين أصلاً لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله. فالوجه في حل هذا المحل أن يقال: ما ذكره المصنف فيما إذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله، وأما إذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقاً: أي بالثلث وبما دونه، نعم يمنع المريض من التبرّع والمحاباة بالزيادة على الثلث وإن لم يكن عليه دين أصلاً، لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به، فالمنع لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع إنما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة. ثم إن جمهور الشراح قالوا في قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث: جواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرّع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة. أقول: يرد عليه أن يقال: لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرّع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بما له في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به؟ ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وإن لم يكن عليه دين أصلاً فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي، لأن ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة. ثم أقول: كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلاً إذا أحاطت الديون بماله إذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعاً، ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن، وكأن الإمام الزيلعي تنبه لقصور ما ذكره المصنف هاهنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك: ولهذا منع من التبرّع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث، لكن فيما قاله إفراط كما كان فيما قاله المصنف تفريط، لأن منعه من التبرع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما إذا أحاطت الديون بماله، وأما فيما إذا لم تحط به فمقدر بالثلث، والظاهر من كلامه الإطلاق فكان فيه إفراط، فالحق الذي لا محيد عنه في تنقيح الكلام هاهنا لإفادة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفاً. فإن قيل: الإقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الإقرار بالدين في المرض إذا كان فيه إبطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في إبطال حق الغير؟ قلنا: استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً وهو الموت؛ ألا يرى أن شاهدي النسب قبل الموت إذا رجعا بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمنا شيئاً. فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالإقرار. كذا في المبسوط والأسرار **(بخلاف النكاح)** جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء النكاح: يعني لا يلزمنا ذلك **(لأنه من الحوائج الأصلية)** فإن بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل إلا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى الحوائج الأصلية وإن

متساويتين لما منع من التبرّع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة. فإن قيل: الإقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن إبطال حق بقية الورثة أجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً، فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً وهو الموت. بخلاف الدين فإنه يجب بالإقرار لا بالموت قوله: **(بخلاف النكاح)** جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء النكاح والمبايعة. وذلك لأن النكاح من الحوائج الأصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية قوله: **(وهو بمهر المثل)** يجوز أن يكون حالاً: يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل، وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز. فإن قيل: لو تزوّج شيخ فإن رابعة جاز وليس

حالتي الصحة والمرض، لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فافترقا، وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مردّ له، وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوّج

كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية **(وهو)** أي النكاح **(بمهر المثل)** هذه جملة حالية: يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل، وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز، كذا في العناية. قال بعض الفضلاء: فيه بحث، فإن النكاح من الحوائج الأصلية مطلقاً. أقول: كون النكاح من الحوائج الأصلية مطلقاً ممنوع، فإن الحوائج الأصلية ما يكون من ضروريات الإنسان، والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لإمكان حصوله بمهر المثل. فإن قيل: لو تزوّج وهو لا يحتاج إليه بسبب أن له نساء جواري وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز، وهي تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الأصلية لأنه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة. قلنا: النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال فإن الحال مما لا يوقف عليها ليبتني الأمر عليها، إليه أشار في الأسرار وذكر في الشروح **(وبخلاف المبايعة بمثل القيمة)** جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء المبايعة: يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة **(لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة)** والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وإن فاتت الصورة، فلم يكن في إنشاء ذلك إبطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعدّ له، وللبدل حكم المبدل. ولما استشعر أن يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حالة الصحة أيضاً لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالإجماع. أجاب بقوله **(وفي حالة الصحة لم يتعلق)** حق الغرماء **(بالمال)** أي بمال المديون **(لقدرته على الاكتساب)** أي لقدرة المديون على الاكتساب في تلك الحالة **(فيتحقق التثمير)** أي تثمير المال وهو تكثيره، يقال ثمر الله ماله: أي كثره فلم تقع الحاجة إلى تعلق حق الغرماء بماله **(وهذه)** أي حالة المرض **(حالة العجز)** عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله في حق الحالة حذراً عن التوى. ولما استشعر أن يقال سلمنا ذلك لكن إذا أقرّ في المرض ثانياً ينبغي أن لا يصح لتعلق حق المقر له الأول بماله، كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك. أجاب بقوله **(وحالتا المرض حالة واحدة)** أي حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة **(لأنه)** أي لأن المرض **(حالة الحجر)** ولهذا يمنع عن التبرع فكان الإقراران في المرض بمنزلة إقرار واحد، كما أن حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الإقراران جميعاً **(بخلاف حالتي الصحة والمرض، لأن الأولى)** أي حالة الصحة **(حالة إطلاق)** للتصرف **(وهذه)** أي حالة المرض **(حالة عجز)** عن التصرف. قال في غاية البيان: لو قال حالة حجر لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالإطلاق **(فافترقا)** أي افترق الوجهان أو

بمحتاج إليها فلم يكن من الحوائج الأصلية. أجيب بأن النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال، فإن الحال مما لا يوقف عليها قوله: **(وبخلاف المبايعة)** يعني أن المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لأنه يتعلق بالمالية لا بالصور والمالية باقية. فإن قيل: لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حال الصحة لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير ليس بمعتبر كما مر. أجاب بقوله **(وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير)** فلم يحتج إلى تعليق الغرماء بماله **(وهذه)** أي حالة المرض **(حالة العجز)** عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذراً عن التوى. فإن قيل: سلمنا ذلك لكن إذا أقرّ في المرض ثانياً وجب أن لا يصح لتعلق حق المقرّ له الأول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك. أجاب بقوله **(وحالتا المرض حالة واحدة)** يعني أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة **(لأنه**

قوله: **(وهو بمهر المثل)** أقول: هذه جملة معترضة قوله: **(يجوز أن يكون حالاً)** أقول: يعني من المستتر في الخبر قوله: **(يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل)** أقول: وفيه بحث، فإن النكاح من الحوائج الأصلية مطلقاً.

امرأة بمهر مثلها، وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا، ولو أقرّ بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به، ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض، لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين، وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء، إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد

الحكمان فمنع تعلق حق الغرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض، ولم يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره. ثم إن الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض. وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب عليه فقال **(وإنما تقدم المعروفة الأسباب)** يعني إنما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض **(لأنه لا تهمة في ثبوتها)** أي في ثبوت تلك الديون **(إذ المعاين لا مردّ له)** يعني أن ثبوتها بالمعاينة والأمر المعاين لا مردّ له فتقدم على المقرّ به في المرض **(وذلك)** أي ما ذكر من الديون المعروفة الأسباب **(مثل بدل مال مملكه)** كثمن المبيع وبدل القرض **(أو استهلكه)** أي أو بدل مال استهلكه **(وعلم وجوبه)** أي وجوب البدل **(بغير إقراره)** أي بغير إقرار المريض بأن يثبت وجوبه بمعاينة القاضي أو بالبينة **(أو تزوّج امرأة بمهر مثلها)** هذا عطف على بدل مال ملكه أو استهلكه بحسب المعنى؛ كأنه قال أو مهر مثل امرأة تزوجها فإنه أيضاً من الديون المعروفة الأسباب. أقول: الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير إقرار المريض شرط في هذا المثال أيضاً؛ وإلا كان مما يثبت بإقرار المريض فلا يصح مثالاً لما يقدم غليه من الديون المعروفة الأسباب، وإذا كان ذلك شرطاً في هذا أيضاً لا يرى في تأخيره المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير إقراره وجه وجيه **(وهذا الدين)** يعني الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة **(مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا)** أشار به إلى قوله لأنه لا تهمة في ثبوتها فإن تلك العلة: أعني عدم التهمة في الثبوت كما تتمشى في الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة بنا على أن المعاين لا مرد له كذلك تتمشى في دين الصحة مطلقاً، أما فيما لزم في الصحة بأسباب معلومة فبناء على أن المعاين لا مردّ له، وأما فيما ثبت في الصحة بالإقرار فبناء على أن لا يكون فيه إبطال حق الغير كما في إقرار المريض هذا. وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا إشارة إلى قوله إذ المعاين لا مرد له. أقول: ليس هذا بتام. لأن تلك العلة: أعني قوله إذ المعاين لا مرد له لا تتمشى فيما إذا ثبت دين الصحة بالإقرار، إذ الثابت بالإقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقاً بخلاف ما ذكرناه. وقال صاحب العناية: لما بينا أنه من الحوائج الأصلية: يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى. أقول: هذا تكلف مستغنى عنه، فإن قول المصنف لأنه لا تهمة في ثبوتها مع قربه في الذكر وشموله للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعاً كيف لا يكتفي به في شرح قوله هاهنا لما بينا فيصار إلى توزيع قوله لما بينا إلى قوله لأنه لا تهمة في ثبوتها وإلى قوله في بعيد بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل

حالة الحجر) فكانا بمنزلة إقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الإقراران جميعاً **(بخلاف حالتي الصحة والمرض لأن الأولى تحالة إطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان)** فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض، ولا يمنع الإقرار في أوّل المرض عن الإقرار في آخره، وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض. وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب فقال: **(وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له)** فتقدم على المقرّ به وتصير مثل دين الصحة **(لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا)** أنه من الحوائج الأصلية: يعني في النكاح، ولا تهمة في ثبوته في غيره. قال: **(ولو أقرّ بعين في يده لآخر لم يصح)** الإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه يمنعه عن ذلك تعلق حق

قال المصنف: **(لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز)** أقول: الأنسب بقوله حالة إطلاق أن يقال حالة حجر سبقني إليه الإتقاني قوله: **(بين دين الصحة ودين المرض)** أقول: الثابت بالإقرار والإضافة للعهد قوله: **(ولا تهمة في ثبوته في غيره)** أقول: فيه بحث، فإن الظاهر من كلام المصنف أن قوله لا تهمة في ثبوتها يعم النكاح وغيره. قال الإتقاني: قوله لما بينا إشارة إلى قوله إذ المعاين لا مرد له اهـ. وفيه بحث أيضاً.

ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة. قال: **(فإذا قضيت)** يعني الديون المقدمة **(وفضل شيء يصرف إلى ما أقرّ**

كما يقتضيه تقرير صاحب العناية وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية: قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأنه من الحوائج الأصلية وقوله لأنه لا تهمة في ثبوتها. أقول: إن أرادا أن قوله لما بينا إشارة إلى قوليه المذكورين في الموضعين بطريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليهما ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بيناه، وإن أرادا أنه إشارة إلى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الأسباب مطلقاً مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح، لأن قوله لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح، وليس كثير من أسباب تلك الديون من الحوائج الأصلية قط فلا يتم المقصود **(ولو أقر)** أي المريض **(بعين في يده لآخر)** سواء كانت العين أمانة أو مضمونة **(لم يصح)** إقراره **(في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به)** أي بما أقر به ذكر المصنف هذه المسألة تفريعاً على مسألة القدوري، ومفادها أن الإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه **(ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض)** خلافاً للشافعي. ذكر المصنف المسألة أيضاً تفريعاً على مسألة القدوري وقال في تعليلها **(لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين)** وهو لا يصح، فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا، نص عليه في المبسوط وغيره. وقال الشافعي: المقبوض سالم للقابض، لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة، والتصرف على وجه النظر غير مردود. والجواب أن النظر لنفسه إنما يصح إذا لم يبطل حق غيره **(وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء)** أي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الأسباب سواء في عدم جواز إيثار البعض على البعض بقضاء الدين، والعلة اشتراك الكل وتساويهم في تعلق حقهم بمال المريض **(إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه)** هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض. وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعاً، أعني قضى واستقرض، فالمعنى: إلا إذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذا قوله **(أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه)** أي نقد في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه **(وقد علم)** وجوبه **(بالبينة)** أي والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة أو بمعاينة القاضي فحينئذ يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما ويسلم المقبوض لهما، ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لأنه لم يبطل حق الغرماء، بل إنما حوّله من محل إلى محل يعدّ له، وكان تعلق حقهم بالمالية بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل. وفي المبسوط: أرأيت لو ردّ ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع وردّ المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة: لا يمتنع ذلك، فكذلك إذا ردّ بدله لأن حكم البدل حكم المبدل. قال في النهاية. وذكر في الذخيرة بأوضح من هذا فقال: فإن

الغرماء بالعين **(ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض)** سواء كانوا غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين **(لأن في ذلك إبطال حق الباقين)** فلا يصح، فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا، وقال الشافعي: سلم له ذلك لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة، والتصرف على وجه النظر غير مردود. والجواب أن النظر لنفسه إنما يصح إذا لم يبطل حق غيره قوله: **(إلا إذا قضى ما استقرض)** استثناء من قوله ولا يجوز للمريض، ومعناه: إذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة أو بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره، لأنه لم يبطل حق

قوله: **(أو نقد ثمن الخ)** أقول: يعني نقد في مرضه.

به في حالة المرض) لأن الإقرار في ذاته صحيح، وإنما ردّ في حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته. قال: (وإن لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره) لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقرّ له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه: إذا أقرّ المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج

قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا. قالوا: لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر، لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في أعيانه، وهذا لا يكون إبطالاً لحقهم بل كان نقلاً لحقهم وله ولاية النقل؛ ألا يرى أنه لو باع ماله ليوفي حقوقهم كان له ذلك، فأما في النكاح والإجارة فبقضاء المهر والأجر أبطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لأن ما وصل إليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان إبطالاً لحقهم وليست له ولاية الإبطال انتهى (قال)) أي القدوري في مختصره (فإذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعني الديون المقدمة) وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة (وفضل شيء) هذا من كلام القدوري: يعني وفضل شيء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (يصرف إلى ما أقرّ به في حالة المرض) قال المصنف في تعليله (لأن الإقرار في ذاته صحيح) أي محمول على الصدق في حق المقر لصدوره عن أهله في محله إذ الكلام فيه فيكون حجة عليه (وإنما ردّ في حق غرماء الصحة) لكونه متهماً في حق الغير (فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) أي صحة إقراره في المرض لزوال المانع (قال) أي القدوري في مختصره (وإن لم يكن عليه) أي على المريض (ديون في صحته جاز إقراره) وإن كان بكل ماله. قال المصنف في تعليله (لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير) يعني أنه إنما ردّ لتضمنه إبطال حق الغير، فإذا لم يتضمن ذلك نفذ إقراره لعدم المانع. أقول: كان الظاهر في وضع المسألة أن يقال: وإن لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون لازمة في مرضه بأسباب معلومة حاز إقراره، لأن الديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضاً على الدين الثابت بإقرار المريض كما مر، فإذا كان عليه تلك الديون فالظاهر أن لا يجوز إقراره، وإن لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه إبطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه بأسباب معلومة (وكان المقرّ له أولى من الورثة) هذا من كلام القدوري أيضاً. قال المصنف في تعليله (لقول عمر رضي الله عنه: إذا أقرّ لمريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته)[1] والأثر في مثله كالخبر لأنه من المقدّرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبي ﷺ، كذا في التبيين. قال صاحب غاية البيان، فيه نظر، لأنه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمر، وكذا روي في الأصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن

الغرماء وإنما حوّله من محل إلى محل آخر يعدّ له. أرأيت لو ردّ ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع وردّ المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة؟ لا، فكذلك إذا ردّ بدله لأن حكم البدل حكم المبدل (فإذا قضيت الديون المقدمة) بنوعيها (وفضل شيء صرف إلى ما أقرّ به في حالة المرض لأن الإقرار في ذاته صحيح) أي محمول على الصدق في حقه حجة عليه (وإنما ردّ حقاً لغرماء الصحة فإذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته وإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره وإن كان بكل المال) لعدم تضمنه إبطال حق الغير (وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه: إذا أقرّ المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) فإن قيل: الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام «الثلث والثلث كثير» وذلك أقوى من قول عمر. أجيب بأن ذلك في الوصية وما في معناها، والإقرار للأجنبي ليس من ذلك كما سيأتي (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية) لأن به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١١١ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٨٠: لم أجده.

الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين. قال: **(ولو أقرّ المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة)** وقال الشافعي في أحد قوليه: يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه، وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية

محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال: إذا أقرّ الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله. أقول: هذا النظر غير وارد، لأن كونه مروياً عن ابن عمر لا ينافي كونه مروياً عن عمر أيضاً فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء في النقل إلى أحدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما، سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل، ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولنا ما روى عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما أنهما قالا: إذا أقرّ المريض لوارثه لم يجز، وإذا أقرّ لأجنبي جاز انتهى فتدبر **(ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية)** إذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة. قال النبي ﷺ «الدين حائل بينه وبين الجنة»[1] كذا في الشروح **(وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ)** عن الحاجة **(ولهذا تقدم حاجته)** أي حاجة الميت **(في التكفين)** والتجهيز. أقول: لقائل أن يقول: إن كان قضاء الدين الثابت بإقرار المريض من الحوائج الأصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين الثابت بإقرار المريض وبين الدين اللازم بمناكحته بقوله بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل. ثم أقول: يمكن أن يقال: قضاء الدين الثابت بإقرار المريض يكون من الحوائج الأصلية إذا لم يتحقق هناك دين الصحة، والدين اللازم في المرض بأسباب معلومة أو تحققاً، ولكن فضل شي من التركة بعد قضائهما، وأما إذا تحققا ولم يفضل شي من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت بإقرار المريض من الحوائج الأصلية لأن علة كونه من الحوائج الأصلية أن يرفع به الحائل بين المديون وبين الجنة كما مر، وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لأنهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفعا بقضائهما، بخلاف النكاح فإن علة كونه من

يقدم تجهيزه وتكفينه. قال: **(ولو أقرّ المريض لوارثه لا يصح)** وإقرار المريض لوارثه باطل سواء أقرّ بعين أو بدين **(إلا أن يصدقه بقية الورثة. وقال الشافعي في أحد قوليه يصح)** لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعياً في فكاك رقبته **(فصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث)** كما إذا أودع أباه ألف درهم بمعاينة الشهود، فلما حضرت الوفاة الأب قال استهلكتها ومات وأنكر بقية الورثة فإن إقراره صحيح والألف

قوله: **(كما سيأتي)** أقول: في آخر الصحيفة قال المصنف: **(لأنه إظهار حق ثابت الخ)** أقول: فيه دلالة على أن الإقرار مظهر عنده أيضاً لا سبب للوجوب كما يفهم من تقرير دليله المذكور في أول الباب، ولعل فيه قولين عن الشافعي كما عن أصحابنا أو يقدر المضاف

---

(١) لم أجده هكذا. لكن ورد من حديث أبي هريرة «دين المرء إذا مات معلق به حتى يقضى عنه» أخرجه أبو يعلى ٥٨٩٨ وورد بلفظ آخر.
أخرجه الترمذي ١٠٧٩ وابن ماجه ٢٤١٣ والدارمي ٢/ ٢٦٢ وأبو يعلى ٦٠٢٦ والطيالسي ١٣٧٩ ٢١٤٧ والحاكم ٢/ ٢٦، ٢٧ وأحمد ٢/ ٥٠٨/ ٤٤٠، ٤٧٥ كلهم من حديث أبي هريرة.
ولفظ الترمذي «نفس المؤمن معلّقة بدينه حتى يقضى عنه».
ولقد حسنه الترمذي، وقال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه لرواية الثوري قال فيها سعد بن إبراهيم عن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أبي هريرة: سو إبراهيم بن سعد على حفظه، واتقانه اعرف بحديث أبيه من غيره.
وورد لفظ آخر من حديث سمرة بن جندب قال: «صلى رسول الله ﷺ ذات يوم، فلما أقبل قال: ههنا من بني فلان أحد فسكت القوم وكان إذا ابتدأهم بشيء سكتوا ثم قال: ههنا من بني فلان أحد، فقال رجل: هذا فلان، فقال: أما إن صاحبكم قد حبس على باب الجنة بدين كان عليه، فقال رجل: عليّ دينه، فقضاه».
أخرجه البيهقي ٦/ ٧٦ والحاكم ٢/ ٢٦ كلاهما عن سمرة بن جندب مرفوعاً.
قال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه لخلاف فيه من سعيد بن مسروق. وسكت الذهبي.

لوارث ولا إقرار له بالدين» ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً، ففي

الحوائج الأصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال. وأجاب بعض الفضلاء عن الإيراد المزبور بأنه لم يظهر ثبوت الدين فيما إذا أقرّ بدين في مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الأصلية. أقول: يرد عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقرّ به في مرضه وبين ما لزم بنكاحه عدم ظهور ثبوت الأول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني، إذ المعاين لا مردّ له لا عدم كون الأول من الحوائج الأصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف، بخلاف النكاح فإنه من الحوائج الأصلية، ومورد الإيراد إنما هو قول المصنف هذا. ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ولو أقرّ المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرحوا به، وعن هذا قال صاحب النهاية، وهو بإطلاقه يتناول العين والدين (إلا أن يصدقه فيه) أي في إقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعي في قول وأحمد، وهو قول شريح وإبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعي في أحد قوليه يصح) وهو قول أبي ثور والعطاء والحسن البصري. وقال مالك: يصح إذا لم يتهم، ويبطل إذا اتهم كمن له بنت وابن عم فأقرّ لابنته لم يقبل، ولو أقرّ لابن عمه قبل، إذ لا يتهم أن يزيد في نصيبه ويتهم أن يزيد في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوليه ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أي لأن هذا الإقرار (إظهار حق ثابت) أي إخبار عن حق لازم عليه (لترجح جانب الصدق فيه) أي في هذا الإقرار بدلالة الحال فإن حال المرض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الإقرار به (وصار) هذا الإقرار (كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر) نحو أن يقر لمجهول النسب بأنه ابنه فإنه يصح وإن تضمن وصول شي من التركة إليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فإنه صحيح. وصورة ذلك على ما ذكر في الجامع الكبير: رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الأب أو مرضه بمعاينة الشهود، فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وأنكر ذلك سائر الورثة، فإن إقرار المريض جائز والألف من تركته للابن المقرّ له خاصة. قال جماعة من الشراح: والجواب عنه أنا لو لم نعتبر إقراره يصير كأنه مات مجهلاً فيجب الضمان فلا يفيد ردّ إقراره، ولأن تصرف المريض إنما ردّ للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى. أقول: جوابهم الثاني ليس بصحيح، لأن الثابت بالمعاينة في المسألة المذكورة إنما هو إيداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث إياها، وإنما ثبت الاستهلاك بإقرار المورّث لا غير كما هو المفروض في هاتيك المسألة فبقي الكلام في صحة الإقرار بالاستهلاك، فالصواب من جوابهم هو الأول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع

من تركته للابن المقرّ له خاصة، لأن تصرف المريض إنما يردّ للتهمة ولا تهمة هاهنا؛ ألا ترى أنه إن كذبناه فمات وجب الضمان أيضاً في تركته لأنه مات جهلاً (ولنا قوله ﷺ «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين») وهو نص في الباب، لكن شمس الأئمة قال: هذه الزيادة غير مشهورة، والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما، وأراد به ما روي عنه: إذا أقرّ الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقرّ لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة. وبه أخذ علماؤنا، لأن قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس (ولأن حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً، ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين) وتذكر ما أوردنا بالإقرار بوارث آخر وما أجبنا به عنه

هناك، والمعنى لاستواء سببي ظهورهما قوله: (ألا ترى أنه إن كذبناه فمات وجب الضمان) أقول: وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع بالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية لوارث») الحديث أقول: رواه الدارقطني، كذا قال الإتقاني قوله: (لكن شمس الأئمة قال: هذه الزيادة الخ) أقول: يعني في المبسوط قوله: (وأراد به الخ) أقول: يعني أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما.

تخصيص البعض به إبطال حق الباقين، ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق، إلا أن هذا التعلق

الكبير من تعليل المسألة المذكورة بقوله لأن تصرف المريض إنما يردّ للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا؛ ألا يرى أنا إذا كذبناه فمات وجب الضمان أيضاً في تركته لأنه مات مجهلاً انتهى. وكأن تلك الجماعة من الشراح اغترّوا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تهمة في هذا، ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك، بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقرّ سواء صدق في إقراره أم مكذب لأنه مات مجهلاً كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه. ثم إن صاحب العناية لم يصب أيضاً في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسألة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي، مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له، وإنما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل هاهنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسألة المذكورة كما ذكره غيره (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين»**) رواه الدارقطني في سننه عن نوح بن درّاج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين»[1] قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه: وحجتنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين» إلا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة، وإنما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما: إذا أقرّ الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقرّ لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة. وبه أخذ علماؤنا، وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى. وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر: ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون إجماعاً انتهى. أقول: كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله ﷺ والأثر الذي روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما إنما يدل على بطلان إقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة، ومسألتنا تعم بطلان إقراره له بالدين وبالعين كما صرحوا به، فكان الدليل قاصراً عن إفادة تمام المدعي، اللهم إلا أن يلتزم ذلك بناء على إفادة الدليل العقلي الآتي كلية المدعي فتأمل (**ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع**) أي المريض (**من التبرّع على الوارث**) كالوصية والهبة له (**أصلاً**) أي بالكلية (**ففي تخصيص البعض به**) أي ففي تخصيص بعض الورثة بماله (**إبطال حق الباقين**) أي إبطال حق باقي الورثة وهو جور عليهم فيردّ وتذكر هاهنا ما ورد عليه من الإشكال بالإقرار في المرض

(**ولأن حالة المرض حالة الاستغناء**) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال، وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (**والقرابة**) تمنع عن ذلك لأنها (**سبب تعلق حق الأقرباء بالمال**) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص (**إلا أن هذا التعليق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في حالة الصحة، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه**) فإن قيل: فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضاً لأن الناس

قال المصنف: (**ولهذا يمنع من التبرع الخ**) أقول: منعاً كلياً لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد، فإنه إذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضاً تدبر قال المصنف: (**ففي تخصيص البعض به الخ**) أقول: الظاهر أن يقال وفي بالواو قال المصنف: (**ولأن حالة المرض الخ**) أقول: عطف على قوله ولهذا الخ فإنه كان دليلاً إنياً وهذا دليل لمي قوله: (**يورث تهمة تخصيصه**) أقول: لجواز أنه أراد الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٥٢ عن جعفر بن محمد عن أبيه مرسلاً.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١١١: وهو مرسل ونوح بن دزاج ضعيف، نُقل عن أبي داود أنه قال فيه: كان يضع الحديث.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٨٠: ومع إرساله ضعيف وورد بلفظ آخر: «لا وصية لوارث إلا أن ينشيء الورثة» أخرجه الدارقطني ٤/ ١٥٢ وأبو داود في المراسيل ٣١٤ كلاهما من حديث ابن عباس، وفيه إرسال، وضعف.

لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن

بوارث آخر وجوابه، فإنا قد ذكرناهما فيما مرّ نقلاً عن المبسوط والأسرار. فإن قيل: حق الورثة إنما يظهر بعد الفراغ عن حاجته، فإذا أقرّ بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لا يكذب على نفسه خرافاً، وبالمرض تزداد جهة الصدق لأن الباعث الشرعي ينضم إلى العقلي فيبعثه على الصدق. قلنا: الإقرار للوارث إيصال نفع إليه من حيث الظاهر، وفيه إبطال حق الباقين، ووجوب الدين لم يعرف إلا بقوله وهو متهم فيه لجواز أنه أراد الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعاً للوحشة والعداوة، بخلاف الأجنبي لأنه غير متهم فيه لأنه يملك إيصال النفع إليه بطريق الوصية، وكل تصرف يتمكن المرء في تحصيل المقصود به إنشاء لا تتمكن التهمة في إقراره، كذا في الكفاية ومعراج الدراية **(ولأن حالة المرض حالة الاستغناء)** عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال، وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه **(والقرابة)** تمنع عن ذلك لأنها **(سبب التعلق)** أي سبب تعلق حق الأقرباء بالمال، وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص، وعلى هذا التقرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف: ولأن حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلاً مستقلاً على أصل المسألة وهو الظاهر من أسلوب تحريره. وقال بعض الفضلاء: قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فإنه كان دليلاً إنّيًا وهذا دليل لمّيّ انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن تقديم قوله ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين يأبى عن ذلك جداً، لأن قوله لأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه مقدمة لدليل أصل المسألة، وقوله ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين مقدمة أخرى له مربوطة بالأولى، ولو كان قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء معطوفاً على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلاً على المقدمة الأولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلي المقدمة الأولى، ولا يخفى ما فيه، نعم يصلح قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لأن يكون دليلاً على قوله ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه لولا توسيط قوله ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين، وعن هذا قال في الكافي، ولأنه آثر بعض ورثته بشي من ماله بعد تعلق حق الكل بما له فيردّ كما لو أوصى له بشيء من ماله، وهذا لأن حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها، والظاهر أن الإنسان لا يحتاج إلى ماله لانتهاء آماله عند إقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق أقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه أصلاً فلم يصح إقراره للوارث لأنه يوجب إبطال حق الباقين انتهى. وقال في التبيين: ولأن فيه إيثار بعض الورثة بماله بعد تعلق حتى جميعهم به فلا يجوز لما فيه من إبطال حق البقية كالوصية وإنما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى، تبصر **(إلا أن هذا التعلق)** أي تعلق حق الورثة بمال المريض في حالة المرض **(لم يظهر في حق الأجنبي)** حيث لم يمنع إقرار المريض

كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله **(وقلما تقع المعاملة مع الوارث)** لأن البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (و) لهذا **(لم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً)** وهو السؤال المذكور آنفاً **(ثم هذا التعلق حق بقية الورثة، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فصح الإقرار)** قال: **(وإذا أقرّ لأجنبي جاز الخ)** وإذا أقرّ المريض لأجنبي صح وإن أحاط بماله لما بينا أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية، وكانت المسألة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيداً لذكر القياس والاستحسان، فإن القياس لا يقتضي جوازه إلا بمقدار الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه كما مر، إلا أنا قلنا لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي، لأن الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ

قوله: (كما مر) أقول: في آخر الصحيفة السابقة.

المعاملة معه، وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً، ثم هذا التعلق حق

لأجنبي **(لحاجته)** أي لحاجة الإنسان **(إلى المعاملة)** مع الناس **(في الصحة)** أي في حالة الصحة، فلو لم يصح إقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة **(لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه)** في الصحة بناء على جواز أن يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعاً. ولما استشعر أن يقال الحاجة موجودة في حق الوارث أيضاً لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله **(وقلما تقع المعاملة مع الوارث)** لأن المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح **(ولم يظهر)** أي وكذا لم يظهر هذا التعلق **(في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً)** أي لحاجة الإنسان إلى الإقرار بالوارث أيضاً لأن الإقرار بالنسب من حوائجه الأصلية لأنه يحتاج إلى إبقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة **(ثم هذا التعلق)** أي تعلق حق الورثة بمال المريض في مرضه **(حق بقية الورثة، فإذا صدقوه)** أي إذا صدق بقية الورثة المقر لوارث **(فقد أبطلوه)** أي أبطلوا حقهم **(فيصح إقراره)** وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله إلا أن تصدقه فيه بقية الورثة **(وإذا أقر لأجنبي جاز وإن أحاط بماله لما بينا)** إشارة إلى قوله ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية كما ذهب إليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية، وإلى قوله لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب إليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني. وفي العناية: وكانت المسألة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيداً لذكر القياس والاستحسان **(والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث)** وهو مذهب بعض الناس كما ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه **(لأن الشرع قصر تصرفه)** أي تصرف المريض **(عليه)** أي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة، ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ إلا في الثلث، فكذا الإقرار وجب أن لا ينفذ إلا في الثلث، كذا قالوا. أقول: لقائل أن يقول: الشرع إنما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الأصلية دون مطلق التصرف، وإلا لزم أن لا ينفذ تصرفه في نحو ثمن الأغذية والأدوية إلا في مقدار الثلث ولم يقل به أحد. وقد تقرّر فيما مر أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية فلم يجر القياس المذكور في الإقرار بالدين، اللهم إلا أن يدعي أن كون قضاء الدين من الحوائج الأصلية على موجب الاستحسان أيضاً دون القياس **(إلا أنا نقول)** في وجه الاستحسان **(لما صح إقراره في الثلث)** لانتفاء التهمة عن إقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به **(كان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين)** والثلث بعد الدين محل التصرف قطعاً فينفذ الإقرار في الثلث الثاني **(ثم وثم حتى يأتي على الكل)** كذا في الإيضاح وعامة المعتبرات. أقول: فيه شيء، وهو أن الإتيان على الكل غير متصور في الوجه المزبور، أما على القول بالجزء الذي

الإقرار في الثلث الثاني ثم وثم إلى أن يأتي على الكل. فإن قيل: للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضاً ثم وثم إلى أن يأتي على الكل. فالجواب أن الثلث بعد الدين محل التصرف للمريض، فكلما أقرّ بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده، وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس إلا فافترقا. قال: (ومن أقرّ لأجنبي الخ) المقر له إما أن لا يكون وارثاً للمريض أو يكون وارثاً، والوارث إما

قوله: (وما لغيره) أقول: أي لغير المحجب قوله: (وإما أن يكون) أقول: معطوف على قوله وإما أن يكون وارثاً حالة الموت وهذا القول معطوف على قوله إما أن يكون وارثاً حالة الإقرار قوله: (كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بأمرها) أقول: لا بد من التأمل في أن الصورة المذكورة في الكتاب بقوله: ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقر الخ في أية هذه الصورة يندرج فإنها لم تندرج فيما ذكره الشارح لمكان ثم في عبارة الكتاب والمذكور في الشرح لما كان المقر له وارثاً حال الإقرار قوله: (كما إذا أقر لأجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل إقراره) أقول: والإقرار للابن المحروم إذا أسلم أو عتق بعد الإقرار من هذا القبيل عنده على ما يجيء في كتاب الوصية.

بقية الورثة، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره. قال: **(وإذا أقرّ لأجنبي جاز وإن أحاط بماله)** لما بينا، والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه. إلا أنا نقول: لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل. قال: **(ومن أقرّ لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه**

لا يتجزأ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر، لأن التثليث إذا انتهى إلى ثلاثة أجزاء فأخرج منها أحدهما وبقي الجزءان امتنع بعد ذلك إخراج الثلث من ذينك الجزأين الباقيين لعدم إمكان التجزؤ في شيء منهما، وأما على القول بإمكان القسمة إلى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فكذلك، لأن الثلث في كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل. لا يقال: مرادهم الإتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة. لأنا نقول: فحينئذ لا يتم التقريب لأن المدعي جواز الإقرار لأجنبي وإن أحاط بكل ماله حقيقة تدبر، ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين، فإنها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها، لأن المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة، فلما صح تصرفه في ثلثه كان له التصرف في ثلث الباقي، لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضاً ثم وثم إلى أن يأتي على الكل. وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض، فلما اقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده، وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية، وإنما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقر لأجنبي)** في مرضه بمال **(ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه)** أي ثبت نسب المقر له من المقر **(وبطل إقراره)** بالمال **(فإن أقرّ لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها)** بخلاف الهبة والوصية حيث بطلتا لها أيضاً. وقال زفر: بطل الإقرار لها أيضاً لأنها وارثة له عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبر في الباب، ولنا ما ذكره المصنف بقوله **(ووجه الفرق)** أي بين المسألتين **(أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقرّ لابنه فلا يصح)** يعني أن النسب إذا ثبت ثبت مستنداً إلى وقت العلوق فتبين بذلك أن إقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل **(ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان التزوّج)** يعني أن الزوجية إذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد **(فبقي إقراره لأجنبية)** فيصح بخلاف الهبة والوصية لأن الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه. وفي وصايا الجامع الصغير: ولو أن المريض أقرّ بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالإقرار باطل لأنه حين أقر كان سبب التهمة قائماً وهو القرابة التي صار بها وارثاً في ثاني الحال، وليس هذا كالذي أقرّ لامرأة ثم تزوجها لأن سبب التهمة لم يكن هناك قائماً وقت الإقرار انتهى **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه)** أي من الزوج. قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: هذا إذا طلقها بسؤالها، وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغاً ما بلغ، ولا يصح الإقرار لها لأنها وارثة إذ هو فارّ وقد بيناه في طلاق المريض انتهى. وقال نجم الدين الزاهدي في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشروح: ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بسؤالها ثم أقرّ لها بدين والموضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قرره في الجامع والمحيط غير أنه لولا الإقرار، ففي الوضع الأول ترثه إذا مات في العدة، وفي الوضع الثاني لا ترثه، ومع هذا إذا أقرّ لها بدين فلها الأقل

مستمر أو غير مستمر، وغير المستمر إما أن يكون وارثاً حالة الإقرار غير وارث حالة الموت لحجب أو لغيره، وإما أن يكون وارثاً حالة الموت غير وارث حالة الإقرار لحجب أو لغيره، وما لغيره فإما أن يكون سبب الإرث مما يستند إلى وقت العلوق أو لا، وإما أن يكون: أعني غير المستمر وارثاً في الحالين غير وارث بينهما، فذلك ثمانية أوجه: ففيما لم يكن أصلاً صح إقراره بالإجماع، وفيما كان وارثاً مستمراً لا يصح بالإجماع، وفيما كان وارثاً حالة الإقرار دون الموت، فإن كان الانتفاء لحجب كما إذا أقرّ لأخيه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صح الإقرار باتفاق بين أصحابنا لأن الوراثة بالموت، فإذا لم يكن عنده وارثاً كان كالأجنبي، وإن كان لغيره: أي لغير الحجب كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً

ويبطل إقراره، فإن أقرّ لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقرّ لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لأنه تقتصر على زمان التزوج فبقي إقراره لأجنبية. قال: **(ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه)** لأنهما متهمان فيه لقيام العدة، وباب الإقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثه ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت.

من الدين ومن الميراث، انتهى كلامه. أقول: قد اختلف رأياهما في استخراج هذا المقام، والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فإنه قال هناك وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها ثم أقرّ لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث، فكانت المسألة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي هاهنا، ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما إذا طلقها بغير أمرها، ثم إني تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شي منها بكون الحكم واحداً في الموضعين المذكورين، بل أينما وجدت المسألة المزبورة مذكورة مع الحكم المسفور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها، فالظاهر ما ذكره الزيلعي. وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح هاهنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم إن صاحب العناية من الشراح وإن قيد المسألة هاهنا أيضاً بالقيد المذكور إلا أنه فسرها حيث جعلها مثالاً لما إذا كان المقرّ له وارثاً حالة الإقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال: كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بأمرها وقد أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث، والمذكور في الكتاب: ثم لها أقرّ وبينهما بون لا يخفى. قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب **(لأنهما)** أي الزوجين **(متهمان فيه)** أي في هذا الإقرار **(لقيام العدة)** أشار بهذا إلى أن وضع المسألة فيما إذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة، وأما إذا كان موته بعد انقضائها فإقراره لها جائز **(وباب الإقرار مسدود للوارث، فلعله)** أي فلعل الزوج **(أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها)** فوقعت التهمة في إقراره **(ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت)** أي أقل الأمرين. قال علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو أقرّ لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاصّ غرماء الصحة به لأنه أقرّ بما يملك إنشاءه فانعدمت التهمة، ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لأنها أقرت بدين للزوج، لأن القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصاً، والإقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى. وفي الفتاوى الصغرى: المريضة إذا أقرّت باستيفاء مهرها، فإن مات وهي منكوحة أو معتدة لا يصح إقرارها، وإن ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح.

بأمرها وقد أقرّ لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث لوجود تهمة الإيثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها، وباب الإقرار للوارث مسدود فأقدم على الطلاق ليصح الإقرار بزيادة على ميراثها، ولا تهمة في الأقل فيثبت، وفيما إذا كان وارثاً حالة الموت دون الإقرار، فإن كان لحجب كما إذا أقرّ لأخيه وله ابن ثم مات الابن بطل إقراره، خلافاً لزفر اعتباراً الحالة الإقرار لأنه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما إذا أقرّ لأجنبية ثم تزوّجها. قلنا: الإقرار للوارث لا يصح، وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل إقراره، بخلاف الأجنبية فإنها لم تكن وارثة قبل التزوّج وإن كان لغيره وقد استند السبب، كما إذا أقر لأجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل إقراره إن لم يستند، كما إذا أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل. والفرق أن بالمستند تبين كون الإقرار للوارث، بخلاف غيره، وفيما كان وارثاً في الحالين دون الوسط كما إذا أقرّ لزوجته ثم أبانها ثم تزوجها بعد مضيّ العدة ومات بطل الإقرار عند أبي يوسف، وجاز عند محمد وهو القياس، لأنها ترث بسبب حادث بعد الإقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس بمستند. كما إذا أقرّ لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات. ووجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان أن الإقرار للوارث باطل لتهمة الإيثار، فإذا وجد سبب الورثة عند الإقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الأول في تقرير صفة الوراثة عند الإقرار، لأن التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الإقرار.

فصل

(ومن أقرّ بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدّقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضاً) لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره به، وشرط أن يولد مثله لمثله كي لا يكون مكذباً في الظاهر، وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره، وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه إذ المسألة في غلام يعبر

فصل في بيان الإقرار بالنسب

قدم الإقرار بالمال على الإقرار بالنسب لكثرة وقوع الأول وقلة وقوع الثاني، ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان، وإنما أفرد الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والأحكام كما سيظهر **(ومن أقر بغلام يولد مثله)** أي مثل ذلك الغلام **(لمثله)** أي لمثل المقر: يعني هما في السن بحيث يجوز أن يولد المقر له للمقر **(وليس له)** أي للغلام **(نسب معروف)** بل كان مجهولاً النسب **(أنه ابنه)** أي أقرّ أنه ابنه **(وصدقه الغلام)** أي فيما إذا كان يعبر عن نفسه، وأما إذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به قاطبة **(ثبت نسبه منه)** جواب المسألة: أي ثبت نسب الغلام من المقر **(وإن كان)** المقرّ **(مريضاً)** إلى هنا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليل المسألة **(لأن النسب مما يلزمه خاصة)** يعني أن النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقرّ خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير **(فيصح إقراره به)** وإن كان مريضاً لأن إقرار المريض إنما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة هاهنا **(وشرط أن يولد مثله لمثله كي لا يكون مكذباً في الظاهر)** فلا يصح إقراره **(وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه)** أي لأن كون نسبه معروفاً **(يمنع ثبوته من غيره)** لأن النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته **(وإنما شرط تصديقه)** أي تصديق الغلام **(لأنه في يد نفسه إذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه)** وإذا كان في يد نفسه يعبر فلا بد من تصديقه لأن الحق له فلا يثبت بدون تصديقه، كذا ذكر في التبيين. أقول: ينتقض هذا التعليل بالإقرار بغير النسب كالمال ونحوه، إذ لا يشترط في لزوم ما أقرّ به هناك تصديق المقر له، ولكن يرد التعليل بإقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الإقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضاً إن الحق له فينبغي أن لا يثبت بدون تصديقه. وقال في البدائع: لأن إقراره يتضمن إبطال يده فلا يبطل إلا برضاه انتهى. أقول: تضمن الإقرار بالنسب إبطال يد المقرّ له محل المنع فتأمل. وقال في التسهيل: لما فيه من إلزام حقوق النسب فلا يلزمه إلا بالتزامه انتهى. أقول: هذا أظهر الوجوه وهو الحق عندي، إذ لا شك أنه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الإرث ولزوم النفقة وما أشبههما

فصل

ذكر الإقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الإقرار بالمال لقلته. ولصحة الإقرار بالولد ثلاث شرائط: أن يكون يولد مثله كي لا يكون مكذباً في الظاهر. وأن لا يكون الولد ثابت النسب، إذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره. وأن يصدق المقر في إقراره إذا كان يعبر عن نفسه لأنه في يد نفسه، بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب، ولا يمتنع الإقرار به بسبب المرض لأن النسب من الحوائج الأصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت، وإذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته. قال: **(ويجوز إقرار الرجل بالوالدين الخ)** هذا بيان ما يجوز الإقرار به وما لا يجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى: يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل جائز سواء كان إقراره بهؤلاء في حالة الصحة أو المرض، لأنه أقرّ بما يلزمه، وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتفى المانع

فصل ومن أقر بغلام

قوله: **(لقلته)** أقول: هذا وجه التأخير، وأما وجه ذكره في فصل على حدة فلم يتعرض له لظهوره قال المصنف: **(ويجوز إقرار الرجل الخ)** أقول: وفيه بحث، فإن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على زوجها فينبغي أن لا يقبل، فإن قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين إقرارها بالولد، فإنه يصح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لإثبات هذا ونفي ذلك فليتأمل قوله: **(وليس فيه تحميل**

عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل، ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية (**ويشارك الورثة في الميراث**) لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته. قال: (**ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى**) لأنه أقرّ بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير.

وفي بعضها مشقة على المقرّ له؛ ففي الإقرار بالنسب إلزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له إياها حتى لا يتضرر، بخلاف الإقرار بالمال ونحوه إذ هو نفع محض للمقر له ففيه بدّ من التزامه (**بخلاف الصغير**) الذي لا يعبر عن نفسه لأنه في يد غيره فلا يشترط تصديقه (**على ما مرّ من قبل**) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (**ولا يمتنع بالمرض**) أي لا يمتنع الإقرار بالنسب بسبب المرض (**لأن النسب من الحوائج الأصلية**) فصار كالنكاح بمهر المثل (**ويشارك الورثة في الميراث**) هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره: أي ويشارك الغلام المقرّ له بالبنوّة سائر الورثة في ميراث المقر. قال المصنف في تعليله (**لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته**) أي ورثة المقر بالنسب (**قال**) أي القدوري في مختصره (**ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد**) أي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعتبرات. أقول: لا يذهب عليك أن المسألة المتقدمة مندرجة في هذه المسألة، إذ لا يدل عليها صراحة قوله هاهنا والولد، فإذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة هاهنا أيضاً لم يكن لذكر تلك المسألة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصر القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى، ولهذا لم يقع كذلك في الأصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (**والزوجة**) أي ويجوز إقرار الرجل بالزوجة، ولكن يشترط هاهنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته، وأن لا تكون تحت المقرّ أختها ولا أربع سواها. نص عليه في الكافي والشروح (**والمولى**) أي ويجوز إقراره بالمولى: يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل هذا إذا لم يكن ولاؤه ثابتاً من الغير، لأن الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الإقرار بالنسب فكذلك في الولاء، كذا في الذخيرة وغيرها. قال صاحب النهاية: اعلم أن هذا الذي ذكره هاهنا من صحة إقرار المقرّ بالأم حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف، ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للإمام المحبوبي وغيرها، والله تعالى أعلم بصحته، انتهى كلامه. قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب (**لأنه أقرّ بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير**) فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه. قال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة إقراره بالأم كصحته بالأب. ثم قال: قال صاحب النهاية: والله تعالى أعلم بصحته، وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى. يعني أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله: والله تعالى أعلم بصحته. أقول: فيه بحث، أما أوّلاً فلأن دلالة الدليل المذكور على صحة إقراره بالأم ممنوعة، فإن من شرائط صحة إقراره بالأم تصديق الأم إياه، وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل

فوجب القول بجوازه، وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة إقراره بالأم كصحته بالأب، وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف. والمذكور في المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للإمام المحبوبي أن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة. قال صاحب النهاية: والله تعالى أعلم بصحته، وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا أنه أقرّ بما يلزمه الخ. وقال في المبسوط: وإقرار المرأة يصح بثلاثة نفر: بالأب والزوج ومولى العتاقة والأمر في ذلك ما ذكرنا، ولا يقبل بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير

النسب على الغير) أقول: فيه تأمل، فإن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة وإن قيد بعدم التزوج فإقرارها بالولد بهذا القيد صحيح فما وجه قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه في القول السابق.

(ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا **(ولا يقبل بالولد)** لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج

إقرار الأم بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي، فإذا لم يجز تصديقها إياه لم يجز إقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانياً: فلأن تردد صاحب النهاية في صحة إقراره بالأم إنما نشأ مما صرّح به في عامة الروايات بأن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة، وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف في الأصول، فلما لم يجز إقراره بالأم على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فإن الدليل المذكور هو القياس الجليّ، وجاز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الإجماع أو القياس الخفي الذي هو الاستحسان، وبكل واحد منها يترك القياس الجليّ، وإن كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة، وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقضي عدم ثبوته عند المجتهدين، فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل. واعترض بعض الفضلاء على مسألة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة فينبغي أن لا يقبل، فإن قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين إقرارها بالولد، فإن إقرارها بالولد يصح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لإثبات هذا ونفي ذلك انتهى. أقول: لا نسلم أن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وإن كانت متزوجة، بل فيه تحميل أبوّة الزوج أيضاً بناء على كونه الأصل في النسب، فكأنه أقرّ على نفسه بالانتساب إليه أيضاً، وعن هذا قالوا في الإقرار بالأب صراحة إن المقر بالأب ألزم نفسه بالانتساب إليه، ولم يقل أحد إن فيه تحميل نسب نفسه على الغير، بخلاف إقرار المرأة بالولد فإن فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج، والإقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير إقرار على غير لا على نفسه، فكأنه دعوى أو شهادة، والدعوى المفردة ليست بحجة، وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة، كذا في البدائع وغيره **(ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا)** أنه أقرّ بما يلزمه ليس فيه تحميل النسب على الغير، والأنوثة لا تمنع صحة إقرارها على نفسها، ويستوي في صحة الإقرار بالأشياء المذكورة حالة الصحة، وحالة المرض لأن حالة المرض إنما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة، فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الإقرار به في الصحة والمرض سواء، والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة، كذا في المبسوط **(ولا يقبل)** أي لا يقبل إقرار المرأة **(بالولد)** وإن صدقها **(لأن فيه)** أي في إقرارها بالود **(تحميل النسب)** أي تحميل نسب الولد **(على الغير وهو الزوج لأن النسب معه)** أي من الزوج، قال الله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ [الأحزاب: ٥] إلا أن يصدقها الزوج استثناء من قوله ولا يقبل بالولد: يعني إذا صدقها الزوج يقبل إقرارها بالولد **(لأن الحق له)** أي للزوج فيثبت بتصديقه **(أو تشهد بولادته قابلة)** أي أو إلا أن تشهد قابلة بولادته: أي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة. وفي بعض النسخ بولادتها أي بولادتها إياه ففي هذه النسخة أضيف المصدر إلى الفاعل وترك المفعول، وفي الأولى عكس الأمر **(لأن قول القابلة في هذا)** أي في هذا الخصوص **(مقبول)** إذ الفرض أن

وهو الزوج، لأن النسب منه، قال الله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ وعليه الإجماع إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد القابلة بالولادة، إذ الفرض أن الفراش قائم فيحتاج إلى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق قوله: **(وذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى)** يريد به إقرارها بالولد إنما لا يصح إذا كانت ذات زوج، وأما إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها **(ولا بدّ من تصديق هؤلاء)** والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون أختها تحت المقرّ ولا أربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقرّ لأنه مما يبقى بعد الموت، وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق، لأن حكم النكاح

لأن النسب منه إلا **(أن يصدقها الزوج)** لأن الحق له **(أو تشهد بولادته قابلة)** لأن قول القابلة في هذا مقبول وقد مر

الفراش قائم فيحتاج إلى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة **(وقد مرّ في الطلاق)** أي في باب ثبوت النسب عند قوله فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة، حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم **(وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى)** من هذا الكتاب، وذلك التفصيل هو أن إقرارها بالولد إنما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة إذا كانت المرأة ذات زوج، وإن كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله. وأما إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها. والأصل في جنس هذه المسائل أن من أقرّ بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره. فإقراره مقبول كما يقبل إقراره على نفسه بسائر الحقوق. ومن أقرّ بنسب يحمله على غيره فإنه لا يقبل إقراره كما لا يقبل إقراره على غيره بسائر الحقوق، كذا في شرح الأقطع. فإن قلت: لأيّ معنى يثبت نسب الولد من الأب دون الأم مع أن الولد ولد منهما، وما فائدة ثبوت نسبه من الأب دون الأم، وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الأربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل إذا أقرّ بالأخ بعد موت أبيه يشاركه في تركة أبيه على ما سيأتي في الكتاب، وكذلك يجب عليه نفقة الأخ المقر له حال حياته كما ذكر في المحيط والذخيرة: قلت: أما الأول فلأن الولد منسوب إلى الأب دون الأم لقوله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ [الأحزاب: ٥] وقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن﴾ [البقرة: ٢٣٣] حيث أضاف الولد إلى الأب بلام الملك ولذلك اختص الأب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الأب فهي صحة إقرار الأب بالولد ووجوب نفقة الولد على الأب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد في نسبه. وأما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الأربعة أو الخمسة فهي ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص: أي أن حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقريراً لصحة إقراره، حتى أنه إذا أقرّ بالابن مثلاً فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وإن جحد سائر الورثة ذلك، ويرث من أبي المقر وهو جد المقر له وإن كان الجد يجحد بنوّته لابنه. وأما فيما سوى الأربعة أو الخمسة فلما لم يصح إقرار المقرّ به ظهر أنه في موضعين: أحدهما عدم اعتبار إقراره فيما يلزم غيره من الحقوق، حتى أن من أقرّ بأخ وله ورثة سواه يجحدون أخوّته فمات المقرّ لا يرث الأخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبي المقر وأمه، بخلاف من صح إقراره في حقه كما ذكرناه. والثاني: صحة رجوع المقرّ عما أقرّ في حق من سوى الأربعة أو الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء، فإن من أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقرّ يصح، حتى أنه لو أوصى بماله كله الإنسان بعد الإقرار بأخ كان ماله كله للموصي له لأن النسب لما لم يثبت كان إقراره بالأخ وقع باطلاً فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الأخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الإقرار بالنسب، بل باعتبار أن ذلك صار بمنزلة الموصي بجميع المال، باعتبار أن إقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره، ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حياته، إلى هذا كله أشار في الذخيرة وفي الجامع

باق وهو العدة فإنها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح، ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق بعد الزوج موتها لأن الإرث من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة، وهذا عندهما. وقال أبو حنيفة: لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أوّل الإقرار؛ معناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلا يمكن أن يثبت بالإرث. ولقائل أن يعارض فيقول: لا يصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معدومة حالة الإقرار، وإنما تثبت بعد الموت، والتصديق يستند إلى أول الإقرار ويفسر بما ذكرتم. ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع

في الطلاق، وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى، ولا بد من تصديق هؤلاء، ويصح التصديق في النسب بعد موت المقرّ لأن النسب يبقى بعد الموت. وكذا تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق، وكذا تصديق

الصغير للإمام المحبوبي. قال المصنف **(ولا بد من تصديق هؤلاء)** أي لا بد من تصديق المقر لهم المذكورين لأنهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الإقرار على تصديقهم، كذا في الكافي وغيره، إلا إذا كان المقر له صغيراً في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبداً له فيثبت نسبه بمجرد الإقرار، ولو كان عبداً لغيره يشترط تصديق مولاه، كذا في التبيين **(ويصح التصديق في النسب بعد موت المقرّ)** يعني أن المقرّ له بالنسب إذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا إذا صدق بعد موته **(لأن النسب يبقى بعد الوت)** فيصح تصديق المقرّ له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بأسرها. قال تاج الشريعة: ولا يشكل هذا بإيجاب البائع إذا مات قبل قبول المشتري لأن الإقرار تام في نفسه والتصديق شرط، فكان كما إذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل. أما الإيجاب ثمة فليس بتام لأن القبول ركن انتهى **(وكذا تصديق الزوجة)** أي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الإقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث **(لأن حكم النكاح)** وهو العدة **(باق)** بعد الموت فإن العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح، لا يرى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه **(وكذا تصديق الزوج بعد موتها)** أي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها في الإقرار بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها **(لأن الإرث من أحكامه)** أي من أحكام النكاح وهو ما يبقى بعد الموت كالعدة، وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **(وعند أبي حنيفة لا يصح)** تصديق الزوج بعد موتها **(لأن النكاح انقطع بالموت)** حتى يجوز له أن يتزوّج أختها وأربعاً سواها **(ولهذا لا يحل له غسلها)** بعد موتها **(عندنا)** ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما في العكس **(ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث)** هذا جواب سؤال مقدر يرد على قول أبي حنيفة. تقريره: سلمنا أن تصديق الزوج إياها بعد موتها لا يصح نظراً إلى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا، ولكن لم لا يصح تصديقه إياها بعد موتها نظراً إلى الإرث الذي هو من حق آثار النكاح أيضاً؟ فقال لا يصح التصديق على اعتبار الإرث **(لأنه)** أي لأن الإرث **(معدوم حالة الإقرار)** أي حالة إقرار الزوجة بالنكاح **(وإنما يثبت)** أي الإرث **(بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار)** قال صاحب العناية: معناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلا يمكن أن يثبت بالإرث انتهى. أقول: لا يخفى على الفطن أن معنى كلام المصنف هاهنا أن التصديق يستند إلى أول الإقرار بالنكاح والإرث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الإرث المعدوم وقتئذ، وأما المعنى الذي ذكره صاحب العناية، فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف أصلاً ليس بسديد هاهنا. أما أولاً: فلأنه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس الإرث حتى يتم أن يقال في الجواب عنه لا يكن أن يثبت التصديق بالإرث لثبوت الإرث به، بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الإرث

فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائماً باعتبارهما، فكذا المقرّ به. وأما الإرث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائماً باعتباره. قال: **(ومن أقرّ بنسب من غير الوالدين الخ)** ومن أقرّ بأخ أو عم لم يقبل في النسب لأن فيه حمله على الغير. وأما في الإرث، فإما أن يكون له وارث معروف قريباً كان كذوي الفروض والعصبات مطلقاً أو بعيداً كذوي الأرحام أو لا يكون، فإن كان فهو أولى الميراث من المقرّ له، هذا لأنه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وإن لم يكن

قوله: **(معناه أن التصديق الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(ولقائل أن يعارض)** أقول: هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف، فإنه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة، فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فإنه ثابت في حال النكاح أيضاً، ولو عينه لأمكن أن يقال: أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازاً فلا إشكال.

الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكامه. وعند أبي حنيفة لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق

الذي هو من آثار النكاح، ولا ينافيه ثبوت نفس الإرث بالتصديق. وأما ثانياً فلأن ذلك ينتقض بما إذا كان التصديق قبل موتها فإنه يصح اتفاقاً لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجري أن يقال: إن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح. وأما ثالثاً فلأنه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لأنه معدوم حالة الإقرار، وإنما يثبت بعد الموت ضائعاً مستدركاً لجريان ذلك المعنى وإن فرض أن الإرث موجود حالة الإقرار ثابت قبل الموت تدبر. وقال صاحب العناية. ولقائل أن يعارض فيقول: لا يصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معدومة حالة الإقرار وإنما تثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار ويفسر بما ذكرتم، ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع، فجاز أن يعتبر النكاح المعاين قائماً باعتبارها فكذا المقرّ به، وأما الإرث فليس بلازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائماً باعتباره انتهى كلامه. أقول: جوابه ليس بتام لأن العدة أيضاً غير لازمة للموت عن نكاح عند أبي حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذمي أو تكون حربية خرجت إلينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية فإنه لا عدة عليها في هذه الصور عند أبي حنيفة رحمه الله إذا لم تكن حاملاً كما تقرر في محله، والمعارضة المذكورة إنما ترد على قول أبي حنيفة، فالجواب المزبور لا يدفعها على أصله. ثم إن بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية في هذا المقام: الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند إلى حالة الإقرار وفي تلك الحالة لا يجب الإرث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت فمتى صححنا الإقرار صححنا لإثبات الإرث ابتداء فيكون التصديق واقعاً في شيء وهو في الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح، وأشير إلى هذا في النهاية فلا ترد المعارضة أصلاً لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعاً في نكاح معدوم من كل وجه، إلى هاهنا كلامه. أقول: نعم أشير إلى ذلك المعنى في النهاية وغيرها ولكن قوله فلا ترد المعارضة أصلاً ممنوع. قوله لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت إن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالطلاق فمسلم لكن ذلك لا يجدي نفعاً إذ الكلام في المعتدة بالموت، وإن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت أيضاً فممنوع، بل وجوبها في المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيرها. وقال بعض الفضلاء: هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فإنه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فإنه ثابت في حال النكاح أيضاً، ولو عينه لأمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازاً فلا إشكال، انتهى كلامه. أقول: ما ذكره من مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه، فإذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لأن سقوط الأصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضاً فالإشكال باق. فإن قيل: إذا أقرّ رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسباً اكتسبه بعد الإقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والإرث في مسألتنا كذلك. قلنا: الكسب يقع ملكاً من الابتداء لمالك الرقبة لأنه في حكم المنفعة،

استحق المقر له ميراثه، لأنه أقر بشيئين: بالنسب وباستحقاق ماله بعده، والأول إقرار على غيره وهو غير مسموع، والثاني على نفسه وهو مسموع لأن له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث، حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصى له، وبقية كلامه لا تحتاج إلى بيان قوله: (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبه) مبني على ما ذكرناه أن الإقرار على نفسه صحيح (فيشاركه في الإرث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبي حنيفة، وإن كان المقر أحد ابنين لم يثبت

يستند إلى أوّل الإقرار. قال: **(ومن أقرّ بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب)** لأن فيه حمل النسب على الغير **(فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقرّ له)** لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف **(وإن لم يكن له وارث استحق المقرّ له ميراثه)** لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث؛ ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمْل النسب على الغير، وليست هذه وصية حقيقة حتى أن من أقرّ بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته، حتى لو أقرّ في مرضه بأخ وصدقه المقرّ له ثم أنكر المقرّ وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصي له؛ ولو لم يوص لأحد كان

ومن ملك رقبة لك منافعها حكماً لها فيصير الإقرار بالعبد إقرار بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد، فأما الإرث فإنما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الإقرار، والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى إرث مبتدأ، كذا في الأسرار والإيضاح وغيرهما **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد)** الصلبي **(نحو الأخ والعم)** ونحو الجد وابن الابن كما صرّح بهما أيضاً في الكافي **(لا يقبل إقراره في النسب)** وإن صدقه المقر له بل لا بد فيه من البينة كما ذكر في التحفة وغيرها **(لأن فيه)** أي في هذا الإقرار **(حمل النسب على الغير)** فإن في الإقرار بالأخ حمل النسب على الأب إذ المقرّ له بالأخوة ما لم يكن ابن أبي المقرّ لا يكون أخاً له. وفي الإقرار بالعم حمل النسب على الجد، إذ المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عماً له، وفي الإقرار بابن الابن حمل النسب على الابن إذ المقرّ له لا يكون ابن ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر، وفي الإقرار بالجد حمل النسب على الأب إذ المقر له لا يكون جدّ المقر ما لم يثبت أبوته من أبيه **(فإن كان له)** أي للمقر بنحو ما ذكر **(وارث معروف قريب)** كأصحاب الفروض والعصبات **(أو بعيد)** كذوي الأرحام **(فهو)** أي الوارث المعروف **(أولى بالميراث من المقر له)** حتى لو أقرّ بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة والخالة **(لأنه لما لم يثبت نسبه)** أي نسب المقر له **(منه)** أي من المقر **(لا يزاحم الوارث المعروف)** قال في النهاية: قوله فإن كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل إقراره في النسب وقع في محزه لأن هذا نتيجة ذلك، فصورة ذلك أن الرجل إذا أقرّ في مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو بابن ابن له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى موالاة فالميراث للعمة والخالة أو المولى، ولا شيء للمقرّ له لأن النسب لا يثبت بإقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى **(وإن لم يكن له)** أي للمقرّ **(وارث)** معروف **(استحق المقر له ميراثه)** لأنه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في الأول مقرّ على غيره، وقراره على غيره غير معتبر إذ لا ولاية له على غيره، وفي الثاني مقر على نفسه، وإقراره على نفسه معتبر **(لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث، ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه)** أي بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه بإقراره باستحقاقه ذلك بعده **(فيستحق)** المقر له **(جميع المال وإن لم يثبت نسبه)** من المقر **(لما فيه)** أي في الإقرار المزبور **(من حمل النسب على الغير وليست هذه)** أي هذه الصورة أو القضية: يعني الإقرار المذكور **(وصية حقيقة)** أوضح ذلك بقوله **(حتى أن من أقرّ بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الأول)** يعني الإقرار بالأخ **(وصية لاشتركا)** أي الأخ والموصى له بجميع ماله **(نصفين لكنه)** استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة: أي

النسب أيضاً والمقرّ له يشارك المقرّ في الإرث بناء على ما مر من الأصل **(لأن إقراره تضمن شيئين: حمل النسب على الغير والاشتراك في ماله، ولا ولاية في الأول فلم يثبت، وله ذلك في الثاني فيثبت)** قال أبو حنيفة: إذا أقرّ أحد الابنين بأخ ثالث وكذبه أخوه المعروف فيه أعطاه المقرّ نصف ما في يده. وقال ابن أبي ليلى: يعطيه ثلث ما في يده لأن المقرّ له بثلث شائع في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الآخر. ولأبي حنيفة أن زعم المقرّ أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم

لبيت المال، لأن رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره. قال: **(ومن مات أبوه فأقرّ بأخ لم يثبت نسب أخيه)** لما بينا **(ويشاركه في الإرث)** لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه، والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقرّ على البائع بالعتق لم يقبل إقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه

لكن الإقرار المذكور **(بمنزلته)** أي بمنزلة الوصية بتأويل الإيصاء، ولعمري أن المصنف يفرط في المساهلة في أمر التذكير والتأنيث في كتابه هذا كما ترى، ومن ذلك أنه أشار فيما مر آنفاً إلى الإقرار بلفظة هذه، وأرجع هاهنا إلى الوصية ضمير المذكر **(حتى لو أقرّ في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان)** ومات ولا وارث له **(كان ماله)** جميعاً **(للموصى له ولو لم يوص لأحد كان)** ماله **(لبيت المال لأن رجوعه)** أي رجوع المقر المزبور **(صحيح)** يعني أن إنكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية **(لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره)** وينبغي لك أن تعرف أن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه، لأن النسب لم يثبت لكونه تحميلاً على الغير وليس له ذلك. وأما إذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته **(قال)** أي القدوري في مختصره **(ومن مات أبوه فأقرّ بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا)** أن فيه حمل النسب على الغير **(ويشاركه في الإرث)** أي يشارك المقرّ له بالأخوة المقر في الإرث من أبيه، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم. وقال الشافعي: لا يشاركه في الإرث لعدم ثبوت النسب، وحكي ذلك عن ابن سيرين. قال المصنف في تعليل المشاركة **(لأن إقراره تضمن شيئين)** أحدهما **(حمل النسب على الغير ولا ولاية له)** أي للمقر **(عليه)** أي على الغير فلا يثبت **(و)** الثاني **(الاشتراك في المال وله فيه ولاية)** لأنه إقرار على نفسه ولا ولاية على نفسه **(فيثبت)** ومثل هذا ليس بممتنع **(كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق)** أي بعتق ما اشتراه من ذلك البائع **(لم يقبل إقراره)** في حق الرجوع بالثمن على البائع **(حتى لا يرجع عليه بالثمن)** لكونه إقراراً على الغير في حق الرجوع بالثمن **(ولكنه يقبل)** إقراره **(في حق العتق)** حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه إقراراً على نفسه في حق ذلك. واعلم أنه إذا قبل إقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصيب المقر عندنا، وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل إقراره شائعاً في التركة فيعطي المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقرّ بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقرّ نصف ما في يده عندنا وعندهما ثلث ما في يده، لأن المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ إقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه فبطل إقراره فيه. ونحن نقول: إن في زعم المقرّ أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية. ولو أقرّ بأخت تأخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما تأخذ خمسه، ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا أخماساً وعندهما أرباعاً والتخريج ظاهر، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده، ولو أقر بجدة صحيحة أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به، ولو أقر أحد الابنين المعروفين بامرأة أنها زوجة أبيهما وكذبه الآخر أخذت تسعى ما في يده عندنا. وعند مالك وابن أبي ليلى لهما ثمن ما في يده لأن في زعم المقرّ أن للمرأة ثمن ما في يدي الابنين، إلا أن إقراره صح فيما بيد نفسه ولا يصح في حق صاحبه، وإذا صح في حق نفسه يعطيها ثمن ما في يده. ونحن نقول: إن في زعم المقر أن التركة

فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية. قال: **(ومن مات وترك ابنين الخ)** ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقرّ أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الإقرار على نفسه وعلى غيره وهو الأخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما، ثم يحلف الأخ بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم، لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون على ما مر أن الديون

يقبل في حق العتق. قال: (**ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقرّ أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقرّ وللآخر خمسون**) لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون، فإذا كذبه

بينهم على ستة عشر سهماً للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم، فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فيقسم النصف الذي في يد القمر بينه وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة على تسعة أسهم فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم كذا في التبيين والبدائع والإيضاح. ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث بإقرار وارث واحد وإنما يثبت بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة. وقال أبو يوسف والحسن والشافعي: كل من يجوز الميراث يثبت النسب بقوله وإن كان واحداً، والأول أصح اعتباراً للإقرار بالشهادة، كذا ذكره الزاهدي في شرح مختصر القدوري نقلاً عن شرح الأقطع. وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الإقرار بنحو الأخوّة إقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة، بخلاف ما إذا كان اثنين فصاعداً لأن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة (**قال**) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (**ومن مات وترك ابنين وله**) أي وللميت (**على آخر مائة درهم فأقر أحدهما**) أي أحد الابنين (**أن أباه قبض منها**) أي من المائة (**خمسين**) درهماً (**لا شيء للمقر**) أي لا شيء من المائة للابن المقرّ (**وللآخر**) أي وللابن الآخر (**خمسون**) منها يعني كان للابن الآخر أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة (**لأن هذا**) أي لأن إقرار أحد الابنين بما ذكر (**إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء**) أي استيفاء الدين (**إنما يكون بقبض مضمون**) لما مر أن الديون تقضى بأمثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصاً وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة (**فإذا كذبه**) أي كذب المقر (**أخوه استغرق الدين نصيبه**) أي نصيب المقر (**كما هو المذهب عندنا**) احترازاً عن قول ابن أبي ليلى، فإن هلاك الدين على الغير بسبب الإقرار يختص عندنا بنصيب المقر، وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين، كذا في أكثر الشروح. وقال في الكفاية خلافاً للشافعي. فعنده يشيع في النصيبين. وقال في معراج الدراية: وبما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول. وقال الشافعي في قول وأحمد: يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك، وبه قال النخعي والحسن وإسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى. قال صاحب العناية: وعورض بأن صرف إقراره إلى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز. والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين، وإذا أقرّ المقر بقبض خمسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى. أقول: الجواب المزبور ليس بشاف، لأن حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر، وزعم المقر إنما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكفي في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر، فإن قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر إلى كل أحد. فالأظهر عندي في الجواب أن يقال: قسمة الدين قبل القبض إنما لا تجوز في القسمة الحقيقية، وأما في القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع، ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض إنما لا تجوز قصداً لا ضمناً فتأمل. قال المصنف (**غاية الأمر أنهما**) أي الابنين (**تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما**) أي على كون الخمسين الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر مشتركاً بين الابن المقر والابن المنكر، هذا جواب

تقضى بأمثالها، وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة، فإن أكذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافاً لابن أبي ليلى كما ذكرنا آنفاً. وعورض بأن صرف إقراره إلى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز. والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين، وإذا أقرّ المقر بقبض خمسين قبل الوراثة

أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا، غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما، لكن

سؤال مقدر. تقريره أن جميع الدين كان مشتركاً بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركاً بينهما، فما هلك يهلك مشتركاً وما بقي يبقى مشتركاً بينهما، فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شيء من أجزائه، والابن المقرّ وإن زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض، فينبغي أن يكون ذلك بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه، فأجاب بأنهما وإن تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما **(لكن المقر)** لا يرجع على القابض بشي لعدم الفائدة، إذ **(لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم)** بقدر ذلك لزعمه أن أباه لم يقبض شيئاً من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق **(ورجع الغريم)** أيضاً **(على المقرّ)** بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه ديناً على الميت بموجب إقراره والدين مقدم على الإرث **(فيؤدي إلى الدور)** ولا فائدة فيه، وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب هاهنا بوجه آخر حيث قال. فإن قيل: زعم المقر يعارضه زعم المنكر، فإن في زعمه أن المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما. فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به إلى نصيب المقرّ خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما. أجاب بقوله غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما لكن المقرّ لو رجع: يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى. أقول: كل واحد من تقريري السؤال والجواب على الوجه الذي ذكره مختل. أما تقرير السؤال فلأن حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر، وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف هاهنا، لأنه قال: غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما، ولا شك أن التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على ذلك. والعجب أن صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضاً في أثناء تقرير السؤال، وفرّع على تعارض زعميهما حيث قال: فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما، ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر. ولا يخفى أن في نفس هذا التقرير تعارضاً وتناقضاً. وأما تقرير الجواب فلأن المفهوم من قوله يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن لزوم الدور إنما يكون باعتبار زعم المنكر دون المقر، وليس كذلك بل لزوم الدور إنما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر، لأن رجوع الغريم على المقر بالآخرة إنما هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين، وإنما بقي عليه الخمسون المقبوض. وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيئاً فلا يرجع الغريم على المقر بشيء بل يلزمه أن يعطي المقر أيضاً مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور تدبر تقف. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان من زعمه

لم ينتقل على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم تتحقق القسمة. فإن قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر، فإن في زعمه أن المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقرّ به إلى نصيب المقرّ خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما؟ أجاب بقوله: غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما، لكن المقر لو رجع: يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور، وذلك لأنه لو رجع المقرّ على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه أن أباه لم يقبض شيئاً وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ورجع

قوله: **(على ما مر)** أقول: في أواخر باب الاستثناء قوله: **(استغرق الدين نصيبه)** أقول: أي نصيب المقر.

المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقرّ فيؤدي إلى الدّور.

أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره. والجواب أن المظلوم لا يظلم غيره، ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه انتهى. أقول: في الجواب نظر، لأن الخمسين الذي قبضه المنكر من الغريم أوّلاً إن كان بتمامه حق المنكر لم يكن هو في رجوعه على الغريم بعد ذلك طالباً لتمام حقه، إذ ليس حقه في المائة بزائد على الخمسين حتى يكون طالباً لتمامه، وإن لم يكن المقبوض أوّلاً بتمامه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوماً، وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى. فالحق في الجواب أن يقال: لا نسلم أنه إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان في زعمه أنه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم. كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم أوّلاً مشتركاً بينهما كما تقرر. نعم يجوز أن يكون من زعم المنكر ذلك أن أخاه ظالم لنفسه حيث أبطل حقه في المائة بإقراره بأن أباه قبض منها الخمسين.

الغريم على المقر لإقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي إلى الدور. ولقائل أن يقول: إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره. والجواب أن المظلوم غيره، ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه، والله أعلم.

قوله: (ولقائل أن يقول، إلى قوله: في إقراره ظالم) أقول: فيه شيء، فإنهما لما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً لم يكن لزعمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم مجال ظاهراً قوله: (لأن المظلوم لا يظلم غيره) أقول: الغريم لم يوف تمام ما عليه عنده فلا يكون مظلوماً إذا رجع عليه في زعمه، وهذا هو مراد الشارح.

كتاب الصلح

كتاب الصلح

قد مرّ مناسبة الصلح بالإقرار في أول كتاب الإقرار. والصلح في اللغة: اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف المخاصمة، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال على حسنه الذاتي. وفي الشريعة: عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة. وسببه: تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما في سائر المعاملات. وركنه: الإيجاب والقبول، كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح. قال صاحب العناية أخذاً من النهاية: وركنه الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين. وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت، ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط، بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره، ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى. أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأنه سيأتي في الكتاب أن الصلح إذا وقع عن إقرار فإن كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات، وإن كان عن مال بمنافع اعتبر بالإجارات، وإذا وقع عن سكوت أو إنكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة. فإذا تقررت هذه الضابطة، فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو نكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعي قبلت، لأن كونه إسقاطاً لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما إذا وقع عن سكوت أو إنكار إنما هو في حق المدعي. وأما في حقه المدعى عليه فإنما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضاً حتى يتحقق الافتداء وتنقطع الخصومة. وأما ثانياً: فلأنه إذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلاً فصولح على قطعة منها وألحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحاً على ما سيجيء في الكتاب فينبغي أن يتم هنالك أيضاً بقول المدعي قبلت بدون قبول المدعى عليه لكونه إسقاطاً لدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم إطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين. وأما ثالثاً: فلأن قوله لأن طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الأول قاصر عن إفادة كلية المدعي وهو ركنية الإيجاب والقبول معاً فيما يتعين بالتعيين مطلقاً، فإن طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح، بل إنما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما إذا كان الصلح عن إقرار وكان مالاً بمال فتأمل. وشرط مطلق كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض. ولأنواعه شروط

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا نعيده، وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة. وفي اصطلاح الفقهاء: عقد وضع لرفع المناصبة. وسببه: تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه في التقرير. وشرطه: كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتي تفصيل له. وركنه: الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين. وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط، بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت. وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكراً كان الخصم أو مقراً. ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره إن كان مقراً، وإن كان منكراً فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك أولاً. وأنواعه بحسب أحوال المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما

كتاب الصلح

قال: (الصلح على ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار، وصلح مع سكوت، وهو أن لا يقرّ المدعى عليه ولا ينكر

أخر سيأتي تفصيلها في الكتاب. وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي، كذا في الكافي وبعض الشروح. قال في العناية أخذاً من النهاية: وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكراً كان الخصم أو مقرّاً، ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره إن كان مقراً، وإن كان منكراً فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك أولاً انتهى. أقول: فيه كلام، وهو أن المصالح عليه أيضاً قد يكون مما لا يحتمل التمليك كترك الدعوى، فإنهم صرحوا بأنه إذا ادعى حقاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى فإنه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين: تملك المدعى عليه إياه، وبراءته عن دعوى المدعي. وفي جانب المصالح عليه قسماً واحداً هو تملك المدعي إياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معاً مما لا يخلو عن تحكم، فإن نوقش في المثال المذكور بأن كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على المسامحة، وإنما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادّعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فإنه يقع مصالحاً عنه بالنظر إلى ذي اليد ومصالحاً عليه بالنظر إلى الآخر وهو مما لا يحتمل التمليك قطعاً. قلنا: فماذا يقال فيما إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصاً فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين، إذ لا شك أنه كما أن ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصوّر في هذه الصور تملك المدعي المصالح عليه، بل إنما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر. بقي هاهنا كلام آخر، وهو أنه إذا ادعى رجل داراً وأنكر المدعى عليه ودفع المدعي إلى ذي اليد شيئاً بطريق الصلح وأخذ الدار فإنه جائز كما سيأتي في الشروح. وأصل المسألة في الفصل السابع من فصول الأستروشني مع أنه يملك هناك المدعي المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طرداً وعكساً فتأمل قوله: (**الصلح على ثلاثة أضرب الخ**) قال صاحب العناية: الحصر على هذه الأنواع ضروري، لأن الخصم وقت الدعوى ما أن يسكت أو يتكلم مجيباً وهو لا يخلو عن النفي والإثبات. لا يقال: قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع، لأنه سقط بقولنا مجيباً انتهى. أقول: يرد على ظاهر جوابه أنه إنما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والإثبات، ولا يفيد انحصار تقسيمه الأول وهو قوله إن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً، إذ تخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن

سنذكره، وجوازه ثابت بالكتاب والسنة. قال: (**الصلح على ثلاثة أضرب**) الحصر على هذه الأنواع ضروري، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً وهو لا يخلو عن النفي والإثبات. لا يقال: قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا مجيباً وكل ذلك جائز لقوله تعالى: (﴿**والصلح خير**﴾) فإنه بإطلاقه يتناولها، فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ فكان للعهد. أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، وبأنه ذكر للتعليل: أي لا جناح عليهما أن يصالحا لأن الصلح خير فكان عاماً، ولأنه وقع قوله تعالى: ﴿أن يصالحا﴾ في سياق الشرط فكان مستقبلاً، وقوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ كان في الحال فلم يكن إياه بل

قوله: (**لأنه سقط بقولنا مجيباً**) أقول: فيه بحث، إذ لا يكون الحصر حينئذ ضرورياً قال المصنف: (**الإطلاق قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾**) أقول: أي لقوله المطلق، فالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف، وتمام الآية ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ قوله: (**أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب**) أقول: أنت خبير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستنداً بأن اللام للعهد. فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليتأمل قوله: (**وبأنه ذكر للتعليل**) أقول: فيه بحث، لأنه لو كان تعليلاً لأبدل الفاء بالواو قوله: (**وقوله والصلح خير كان في الحال**) أقول: إن أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فمسلم، ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالي، وإن أراد أن الحكم على الصلح الكائن في الحال: يعني حقيقة الصلح وجنسه كما في قولهم: الرجل خير من المرأة فللخصم أن يمنعه قوله: (**فأنكرت لا يجوز**) أقول: بل يجوز كما سيجيء عن قريب.

وصلح مع إنكار وكل ذلك جائز) لإطلاق قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام: كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»[1]. وقال الشافعي: لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما

قسميه معاً فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الأنواع ضروري. ويمكن أن يقال: المراد بالسكوت في قوله إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً هو السكوت عن التكلم مجيباً لا السكوت مطلقاً وهو عدم التكلم أصلاً، فتدخل الصورة المزبورة في القسم الأول من تقسيمه الأول وهو قوله إما أن يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الأنواع ضروري، وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو أن لا يقرّ المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن إيماء إلى أن المراد بالسكوت هاهنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت، لأن معنى مطلق السكوت مع كونه غنياً عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو ألا يتكلم أصلاً قوله: **(وكل ذلك جائز لإطلاق الخ)** تسامح المصنف هاهنا في التعبير حيث قال: **(لإطلاق قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾)** [النساء: ١٢٨] مع أنه لا يذهب عليك أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا إطلاق قوله إلا أنهم كثيراً ما يتسامحون في العبارة في أمثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيهاً على فائدة تفيدها تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشيء في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه. قال بعض الفضلاء في حلّ قول المصنف لإطلاق قوله تعالى: أي لقوله المطلق، فالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، أما أوّلاً فلأن إضافة الصفة إلى الموصوف ليست بجائزة كإضافة الموصوف إلى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو، حتى أنهم أوّلوا مثل: جرد قطيفة، وأخلاق ثياب بما يخرج به عن أن يكون من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف فما معنى حمل كلام المصنف هاهنا على ذلك. وأما ثانياً: فلأن الصفة في «لقوله المطلق» هو المطلق لا الإطلاق، والكلام في توجيه إطلاق قوله فلا يجدي حديث إضافة الصفة إلى الموصوف شيئاً بل لا بد من المصير إلى المسامحة كما ذكرنا. وقال صاحب العناية: فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] فكان للعهد. أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، وبأنه ذكر للتعليل: أي لا جناح عليهما أن يصلحا لأن الصلح خير فكان عاماً، ولأنه وقع قوله تعالى: ﴿أن يصلحا﴾ في سياق الشرط فكان مستقبلاً، وقوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ كان في الحال فلم يكن إياه بل جنسه انتهى. أقول: إن الجواب الأول والثالث من هذه الأجوبة الثلاثة ليسا بتامين. أما الأول: فلأن كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص

جنسه. فإن قيل: سلمناه ولكن صرفه إلى الكل متعذر لأن الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفاً على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار. أجيب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه **(ولقوله ﷺ: «كل صلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم**

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٩٤ والدارقطني ٣/ ٢٧ والحاكم ٢/ ٤٩ وابن الجارود ٦٣٨ وابن حبان ٥٠٩١ والبيهقي ٦/ ٦٥، ٦٤ وأحمد ٢/ ٣٦٦ كلهم من حديث أبي هريرة. وفي إسناده كثير بن يزيد قال الذهبي في تعليقه على الحاكم: لم يصححه، وكثير ضعفه النسائي، ومشاه غيره.
وورد من طريق آخر أخرجه الدارقطني ٢/ ٢٧ والحاكم ٢/ ٥٠ كلاهما من حديث أبي هريرة. صححه الحاكم وتعقبه الذهبي بقوله: قال ابن حبان: عبد الله بن الحسين المصيصي يسرق الحديث وورد من حديث عمرو بن عوف أخرجه الترمذي ١٣٥٢ وابن ماجه ٢٣٥٣ وفي إسناده كثير ابن عبد الله بن عمرو قال الترمذي: حسن صحيح.
وكذا أخرجه الحاكم ٤/ ١٠١ من هذا الوجه، وسكت عليه وتعقبه الذهبي بقوله: إسناده واهٍ.
لكن هذا الحديث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن وانظر نصب الراية ٤/ ١١٢.

روينا، وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ فينقلب الأمر، ولأن المدعي عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة. ولنا ما تلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلالاً

السبب لا يجدي شيئاً في دفع السؤال المذكور، لأن حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] على العهد، فإنه حينئذ يصير خاصاً، وإنما يجدي نفعاً لو سلم عموم اللفظ في نفسه وأريد تخصيصه بخصوص السبب. وأما الثالث: فلأنه إن أراد بقوله ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] كان في الحال أن التكلم بهذا الكلام والإخبار بهذا الخبر كان في الحال: أي في حال ورود الآية الكريمة فمسلم، لكن هذا لا ينافي أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال؛ ألا يرى أنك إذا قلت الأمر الذي يحدث غداً خير فلا شك أن تكلمك بهذا الكلام وإخبارك به كائن في الحال. وأما تحقق ذلك الأمر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن إياه بل جنسه، وإن أراد بذلك أن الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع. فالصواب من بين تلك الأجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح أخذاً من الأسرار. ووجه كون الصلح عاماً في قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه، بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها، كذا قالوا، وهو التقرير المناسب لقواعد الأصول. وأما التقرير المطابق لقواعد المعقول فلأنه يكون حينئذ خارجاً مخرج الكبرى من الشكل الأول كأنه قيل: فإن هذا صلح والصلح خير، وكلية الكبرى شرط لإنتاج الشكل الأول على ما عرف في الميزان. واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضاً حيث قال: فيه بحث، لأنه لو كان تعليلاً لأبدل الفا بالواو انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن ذاك الإبدال إنما يلزم لو كان تعليلاً من حيث اللفظ وليس كذلك، بل هو تعليل من حيث المعنى، وعن هذا قالوا: إن الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحوا لأن الصلح خير. وقال في غاية البيان: وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال: صلّ والصلاة خير، على أن قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾[النساء: ١٢٨] بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا إليه فيما مر، وأداة التعليل كاللام والفاء إذا ذكرت إنما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الإبدال هاهنا أصلاً تدبر. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: سلمناه يعني الإطلاق في قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] ولكن صرفه إلى الكل متعذر لأن الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفاً على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار. أجيب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى. أقول: يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت لا يجوز أنه خبط إذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتي وهو أنه إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز فكأنه في معنى الخلع. ثم أقول: توجيهه أن لعدم الجواز رواية في هذه المسألة وإن كان ظاهر الرواية بخلافها، والسؤال المزبور مما أوردته الشافعية فهم أخذوا في هذه المسألة وأخواتها بما هو الملائم لغرضهم. والحنفية أجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه، فصاحب العناية: اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع، وأما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معاً حتى قال في الجواب هاهنا: على أنا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها إذا أنكرته فصالحت على مال لأنه يجوز، وبه صرح القدوري في مختصره، وسيجيء ذلك في فصل عقيب هذا انتهى. وقال في ذلك الفصل: وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي

حلالاً). وقال الشافعي (لا يجوز مع إنكار أو سكوت) لأنه صلح أحل حراماً أو حرم حلالاً وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي (ولأن المدعي عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهي حرام (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى:

لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة، ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه وهذا مشروع، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضاً إذ المال وقاية

وشرحه كذلك، فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسألة الصلح على الإنكار بقولهم إذا ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت فصالحت على مال لا يجوز، ولئن صحت تلك المسألة كما أوردوها في نسخ طريقة الخلاف. فالجواب عنه ما مر في تلك المسألة انتهى قوله: **(وقال الشافعي: لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا الخ)** قلت: كان الأظهر أن يقال لآخر ما روينا لا أن أوّله حجة عليه لا له قوله: **(ولنا ما تلونا وأول ما روينا الخ)** كرر ذكرهما تأكيداً وتوطئة لقوله وتأويل آخره الخ، وإلا لكفى هاهنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه بصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانهما. أقول: بقي هاهنا إشكال في قوله وأول ما روينا، وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلاً لنا مع قطع النظر عن آخره، وهذا ليس بصحيح لأن آخره مستثنى من أوله. وقد تقرّر في علم أصول الفقه أن المذهب الصحيح المختار عند الأئمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن إخراج المستثنى من المستثنى منه، فلا يكون الأول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره، بل لا يتم المعنى إلا بمجموع المستثنى والمستثنى منه. ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحلّ حراماً لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما روينا. فحاصل الكلام أن لنا أول ما رويناه مع تأويل آخره، فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل، ولكن الإنصاف أن لفظة أوّل هاهنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام ويضرّ بالمقام كما نبهنا عليه، فالأولى أن تطرح من البين قوله: **(وتأويل آخره أحلّ حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة)** وحمله على هذا أحق، لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه، وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك، فإن الصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح، كذا في الكافي. وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل: والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلاً، وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره، لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله

﴿والصلح خير﴾ **(وأول ما روينا)** من الحديث وهو قوله ﷺ: «كل صلح جائز بين المسلمين» **(وتأويل آخره أحلّ حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة)** أو أن لا يتسرى والحمل على ذلك واجب، لئلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه

قوله: **(ولنا ما تلونا من قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ (وأول ما روينا))** أقول: وهاهنا تكرار، وكان الأولى أن لا يذكر ذينك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك قال المصنف: **(وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلال لعينه كالصلح الخ)** أقول: وحملة على هذا أحق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه، كذا في الكافي. ثم قال: وما ذكره غير محتمل، إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك، فالصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح، أو كان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى قوله: **(لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره)** أقول: يعني لكان كالصلح على غير الإقرار في البطلان على زعم الخصم قوله: **(لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق)** أقول: هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به، إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في الدين إلا بالإبراء عن دعوى الباقي كما سيجيء قوله: **(لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق الخ)** أقول: فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ، وما الدليل على أنه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومه.

الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز. قال: **(فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بطل)** لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما **(فتجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً، ويردّ بالعيب، ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط، ويفسده جهالة البدل)** لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون

وحل بعده. فعرفنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه انتهى. أقول: في تقريره خلل، إذ لا معنى لقوله لأنه لو حمل على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره، لأن الكلام في حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حمله على الصلح على الإقرار خاصة، إذ لا فرق بين الصلح على الإقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة، ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضاً، فمدار التأويل والحمل في آخر الحديث إنما هو لفظ الحرام والحلال وإطلاقه دون لفظ الصلح. فالحق في التقرير أن يقال: لأنه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الإقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على إحلال الحرام وتحريم الحلال. ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق بأن قال: هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به، إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين لا بالإبراء عن دعوى الباقي كما سيجيء انتهى. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل، إذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين لا بالإبراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلاً، غاية الأمر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطاً بالإبراء عن دعوى الباقي، على أنه ليس كذلك أيضاً، إذ لجواز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يزيد درهماً في بدل الصلح، وسيأتي كلا الطريقين في الكتاب، وعلى كليهما يجري قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق في العين أيضاً قوله: **(ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه، إلى قوله: ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز)** هذا دليل عقلي على ما ذهب إليه أئمتنا من جواز الصلح مع إنكار أو سكوت أيضاً متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل، وهو قوله ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة، وهذا رشوة. قال الشراح: لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم، لأن قول النبي ﷺ «لعن الله الراشي والمرتشي»[1] عام. لأنا نقول: هذا الحديث محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث، وأما إذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى.

منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه **(ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة)** فكان كالصلح مع الإقرار **(فيقضي بجوازه)** لوجود المقتضي وانتفاء المانع، لأن المانع إما أن يكون من جهة الدافع أو من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود. أما الثاني: **(فلأن المدعي يأخذه في زعمه عوضاً عن حقه وذلك مشروع، وأما الأول فلأن المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهذا أيضاً مشروع إذ المال وقاية الأنفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة أمر جائز)** لا يقال: لا نسلم الجواز لقوله ﷺ «لعن الله الراشي والمرتشي» وهو عام لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٨٠ والترمذي ١٣٣٧ وابن ماجه ٢٣١٣ وابن الجارود ٥٨٦ والبيهقي ١٠/١٣٨، ١٣٩ وابن حبان ٥٠٧٧ والحاكم ٤/١٠٢، ١٠٣ وأحمد ٢/١٦٤، ١٩٠، ١٩٤، ٢١٢ والطيالسي ٢٢٧٦ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح اهـ وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وورد من حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي ١٣٣٦ وابن الجارود ٥٨٥ وابن حبان ٥٠٧٦ والحاكم ٤/١٠٣ والخطيب في تاريخ بغداد ١٠/ ٢٥٤ ولفظه: «لعن الله الراشي، والمرتشي في الحكم».

في إسناده عمر بن أبي سلمة بن عبد الرحمن مختلف فيه، وهو حسن الحديث لا بأس به كما قال ابن عدي قال الترمذي: حديث حسن صحيح اهـ. فالحديث بمجموع طريقيه جيد والله أعلم.

جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل **(وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات)** لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل، الصلح بموت

واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه: إن المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على أنه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومه انتهى. أقول: الدليل عليه ما أورد من النصوص في أن الضرورات تبيح المحظورات، منها قوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] ولا شك أن في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج قوله: **(فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال الخ)** هذا لفظ القدوري في مختصره، ولما كان الأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه كما صرحوا به أراد أن يبين ضابطة

أمر غير مشروع، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث. وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع، وتمامه في أحكام القرآن للرازي. **فإن قيل**: فعلى هذا إذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي أن يجوز لأن هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة، ومع هذا لا يجوز. أجيب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعي، إذ في زعمه أنه صرف لأنه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس. قال: **(فإن وقع الصلح عن إقرار الخ)** إذا وقع الصلح عن إقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين فتجري فيه الشفعة في العقار ويردّ بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية، ويفسده جهالة المصالح عليه لأنها تفضي إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط، وهذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا إلى ذكره. وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه: إما أن يكون معلوم على معلوم، وهو جائز لا محالة. وإما أن يكون عن مجهول على مجهول، فإن لم يحتج فيه إلى التسليم والتسلم مثل أن يدعي حقاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي واصطلحا على ترك الدعوى جاز، وإن احتيج إليه وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالاً ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم إليه ما ادعاه لم يجز. وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه إلى التسليم، كما لو ادعى حقاً في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعي مالاً معلوماً ليسلم المدعى عليه إلى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز، وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطلحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه جاز. وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه إلى التسليم لا يجوز، وإن لم يحتج إليه جاز. والأصل في ذلك كله أن الجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة، فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز، وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لأن القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع **(وإن كان عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال)** وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح، فإذا صالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز، وإن قال أبداً أو حتى يموت لا يجوز، فإن الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فإنها بيع معنى، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة **(فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة)** كالإجارة **(وإذا وقع الصلح عن السكوت والإنكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة، وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا)** أن المدعي يأخذه عوضاً في زعمه. **فإن قيل**: العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها؟ أجاب بقوله: **(ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة)** فإنها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث، وكعقد النكاح فإن حكمه الحل في حق امرأته والتحريم المؤبد في حق أمها **(وهذا)** أي كونه لافتداء اليمين أو قطع الخصومة **(في الإنكار ظاهر، وأما في السكوت فلأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك)** مع أن حمله على الإنكار أولى، لأن فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الأصل. قال: **(وإذا صالح عن دار الخ)** إذا صالح عن دار عن إنكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لأنه يأخذها: أي المدعى عليه ليستبقي الدار على ملكه لا أنه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه، والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره **(بخلاف ما إذا كان على دار)** لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه، فصار كأنه قال

أحدهما في المدة لأنه إجارة (**والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة**) لما بينا (**ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما**) وهذا في الإنكار ظاهر، وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك. قال: (**وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة**) معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه، بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه. قال: (**وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض**) لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (**وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة وردّ العوض**) لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده، وإن استحق بعض ذلك ردّ حصته ورجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض. ولو استحق

يعرف بها أنه على أي عقد يحمل. أقول: ليست هذه الضابطة بتامة، لأن الصلح عن إقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما إذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة عبد شهراً أو على ركوب دابة شهراً، فإن كل ذلك جائز على ما صرحوا به في أول الفصل الآتي مع أنه لم يذكر في هذه الضابطة وإن كان في معنى عقد الإجارة، كذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فإنه جائز وهو بمنزلة النكاح، حتى أنما صلح مسمى فيه صلح هاهنا أيضاً كما سيأتي في الكتاب، مع أنه ليس بمذكور أيضاً في هاتيك الضابطة، وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الإجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط، وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الإعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع، وليس شي منهما بداخل أيضاً في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلاً فكانت قاصرة عن إفادة تمام المراد. لا يقال: يستغنى عن ذكر تلك الصور هاهنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب. لأنا نقول: قد ذكر هناك ما ذكره هاهنا أيضاً بأن قال: والصلح جائز عن دعوى الأموال والمنافع فلا يتم العذر. ثم إن كون الصلح عن إقرار في معنى البيع إذا وقع عن مال بمال إنما هو فيما إذا وقع على خلاف جنس المدعي، وأما فيما إذا وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعي فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا، صرح به في التبيين وغيره قوله: (**والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا الخ**) أشار به إلى ما ذكره بقوله لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه. أقول: هاهنا كلام وهو أن كون

اشتريتها من المدعي وهو ينكر (**وإذا صالح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه**) على المدعي (**بحصة المستحق من العوض**) لأنه لكونه عن إقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك، وإذا صالح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه وردّ العوض، لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا لدفع الخصومة عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق ظهر أن لا خصومة له فيبقى في يد غيره مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده، كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل على غرض دفعه إلى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فإنه يستردّه لعدم اشتماله على غرضه. ونوقض بما إذا ادعى داراً وأنكر المدعى عليه ودفع المدعي إلى ذي اليد شيئاً بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحقت فإنه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع أنه بظهور الاستحقاق تبين أن المال في يده

قوله: (**لأنه يأخذها، إلى قوله: ويدفع المال**) أقول: قوله ويدفع معطوف على قوله يأخذها.

المصالح عليه عن إقرار رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة، وإن استحق بعضه رجع بحصته. وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه لأن المبدل فيه هو الدعوى، وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئاً حيث يرجع بالمدعي لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين. قال: **(وإن ادّعى حقاً في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يردّ شيئاً من العوض لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقي)** بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعري العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع. ولو ادّعى داراً فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه وهو

الصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعي مطلقاً بمعنى المعاوضة ممنوع، فإنه إذا ادعى عيناً وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعي إلى المدعى عليه شيئاً بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزاً على ما صرحوا به مع أنه في حق المدعي ليس بمعنى المعاوضة، لأن في زعم المدعي أن العين الذي ادعاه حقه، ولا يتصور أن يعاوض إنسان ملك نفسه بل هو في حق المدعي في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضاً قوله: **(أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي)** قال صاحب النهاية: فإن قلت: كيف صورة البراءة؟ قلت: هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لا

غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة. وأجيب بأن المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة، فإذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع، وأما المدعي فهو في خيرة في دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده، وإن استحق بعض المصالح عنه ردّ المدعي حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه: أي في أصل الدعوى، أما رجوعه عليه فلأنه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده، وأما ردّ الحصة فلخلوّ العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه **(ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن إقرار رجع بكل المصالح عنه)** لأنه إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع **(وإن استحق بعضه رجع بحصته)** اعتباراً للبعض بالكل **(وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لأن المبدل فيه هو الدعوى)** هذا إذا لم يجر لفظ البيع في الصلح، أما إذا كان أجرى كما إذا ادعى داراً وأنكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت هذه الدار فإن المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى، لأن إقدام المدعى عليه على البيع إقرار منه بالحق للمدعي، إذ الإنسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة **(ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم)** إلى المدعي **(فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين)** أي فصل الإقرار والإنكار، فإن كان عن إقرار رجع بعد الهلاك إلى المدعي، وإن كان عن إنكار رجع بالدعوى. قال: **(وإن ادعى حقاً في دار الخ)** هذه المسألة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها **(ولو ادعى داراً فصالح على قطعة منها)** كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لأن ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي **(وتقبل بينته لأنه استوفى بعض حقه)** وأبرأ عن الباقي، والإبراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء. وذكر شيخ الإسلام أنه لا تسمع دعواه، وذكر صاحب النهاية أنه ظاهر الرواية، ووجهه أن الإبراء لاقى عيناً ودعوى، والإبراء عن الدعوى صحيح، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح، ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع. وقيل بقوله على قطعة منها لأن الصلح إذا وقع على بيت معلوم من دار أخرى صح لكونه حينئذ بيعاً، وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه إجارة حتى يشترط كون المدة معلومة، ولو أراد المدعي أن يدعي

قوله: **(فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه)** أقول: يعني يبقى العرض في يد المدعي قوله: **(فلا يسترده)** أقول: أي بحسب الاستحقاق قوله: **(ثم استحقت فإن المدعي يرجع)** أقول: صوابه ثم استحق إذ الضمير المستتر فيه راجع إلى العبد.

على دعواه في الباقي. والوجه فيه أحد أمرين: إما أن يزيد درهماً في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي.

تقبل. أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار فهذا وأمثاله باطل، وله أن يخاصم فيها بعد ذلك. وفرق بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك، فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى، وعن هذا قالوا إن عبداً في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئاً منه، ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه، وإنما أبرأه من ضمانه، كذا في الذخيرة إلى هاهنا كلامه. أقول: فيه نظر، أما أولاً فلأن بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين، وليس كذلك لأن مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعي في العين بدون الحيلة في تصحيحه بأحد الأمرين إنما هو عدم صحة البراءة من العين، وإلا لصح الصلح على ذلك بأن كان استيفاء لبعض الحق وإسقاطاً لبعضه الباقي كما في الصلح على بعض المدعي في الدين، فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح إنما هو قوله برئت من دعواي في هذه الدار. وأما ثانياً: فلأن قوله فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى إنما يتمشى في قوله أبرأتك عن هذه الدار لا في قوله أبرأتك عن خصومتي لأن الإبراء من الخصومة هو الإبراء من الدعوى، وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار باطل أيضاً بخلاف ما قالوا في عبد في يد رجل فإن المذكور هناك في جانب الإبراء إنما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير، تبصر.

البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه إليه باعتبار بدله عيناً أو منفعة. قال المصنف (والوجه فيه) أي الحيلة في تصحيح الصلح إذا كان على قطعة منها (**أحد أمرين أن يزيد درهماً في بدل الصلح ليصير عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي**) مثل أن يقول برئت من دعواي في هذه الدار فإنه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل. وفي ذكر لفظ البراءة دون الإبراء إشارة إلى أنه لو قال أبرأتك عن دعواي أو خصومتي في هذه الدار كان باطلاً وله أن يخاصمه فيها بعد ذلك. والفرق بينهما أن أبرأتك إنما يكون إبراء من الضمان لا من الدعوى، وقوله برئت براءة من الدعوى، كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة. ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسألة لأن قوله أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله أن يخاصم غيره في ذلك، بخلاف قوله برئت لأنه أضاف البراءة إلى نفسه مطلقاً فيكون هو بريئاً. ويعلم من هذا التعليل أن قول صاحب الذخيرة: وله أن يخاصم فيها بعد ذلك، معناه على غير المخاطب وهو ظاهر، والله أعلم.

قوله: (ونقل بعض الشارحين عن الواقعات) أقول: الناقل هو الإتقاني عن الواقعات الحسامية.

فصل

(والصلح جائز عن دعوى الأموال) لأنه في معنى البيع على ما مر. قال: (والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة

فصل

لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قوله: (والصلح جائز عن دعوى الأموال) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله (لأنه في معنى البيع على ما مر أقول: هاهنا شيء وهو أن قول القدوري) والصلح جائز عن دعوى الأموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة، فإن أجرى على إطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لأنه في معنى البيع على ما مر لظهور أن الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الإجارة كما صرح به فيما مر، وإن قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع أنه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصيراً من المقيد بلا ضرورة. لا يقال: إنما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوماً فيما مر. لأنا نقول: ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فإنه أيضاً كان معلوماً فيما مر قوله: (والمنافع) بالجرّ عطف على الأموال وعن دعوى المنافع، وهو من تمام لفظ القدوري. قال المصنف في تعليله (لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) أقول: لقائل أن يقول: يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال: وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهراً فهو جائز، والقياس أن لا يجوز أن الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل، ولهذا لو آجر منهم لا يصح، إلا أنا نقول:

فصل

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز. قال: (والصلح جائز عن دعوى الأموال) الأصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالاً لتصحيح تصرف العاقل بقدر الإمكان، فإذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر. وإذا كان عن المنافع بمال كما إذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شيء كان في معنى الإجارة، لأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح، وإذا صالح عن جناية العمد أو الخطأ صح. أما الأول: فلقوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه شيء﴾

فصل والصلح جائز

قال المصنف: (والصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه في معنى البيع) أقول: يعني إذا لم يكن بالمنافع وإلا فهو بمعنى الإجارة قال المصنف: (قال: والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) أقول: قال العلامة الإتقاني: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهراً فهو جائز، والقياس أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير، والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل، ولهذا لو آجر منهم لا يصح، إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل، ولفظ الصلح لفظ يحتمل التمليك ويحتمل الإسقاط، فإن لم يمكن تصحيحه تمليكاً أمكن تصحيحه إسقاطاً فصححناه إسقاطاً، وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط، ولهذا جاز على خدمة عبد آخر، فلو كان هذا تمليكاً لكان باطلاً لأن بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز، وكذلك لو فعل ذلك وصي الوارث الصغير لأنه تصرف نافع في حقه فإن مات العبد الموصي بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لأنه عقد إسقاط وقد تم بالموت لأن حقه في منفعته ما دام حياً وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له انتهى.

قال العلامة النسفي في الكافي: والصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده أو أقر به فصالحه الوارث على شيء جاز لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا بالصلح انتهى. وأنت خبير بما بين ما نقل من الإسبيجابي والكافي من المخالفة، ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتأمل. ثم اعلم أن ظاهر ما ذكره الإتقاني من قوله إلا أنا نقول بأن هذا ليس

. . . .

لأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل، بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل، ولفظة الصلح تحتمل التمليك وتحتمل الإسقاط، فإن لم يكن تصحيحه تمليكاً أمكن تصحيحه إسقاطاً فصححناه إسقاطاً وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط، إلى هنا كلامه. فإن الموصى له إذا لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح. ثم أقول: يمكن أن يقال: إن الموصى له وإن لم يقدر على تمليكه المنفعة الموصى بها حقيقة إلا أنه يقدر على تمليكها حكماً من حيث أنه يقدر على إسقاطها ببدل، وقد أشار إليه الإمام الإسبيجابي بقوله: وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم، فمعنى تعليل المصنف أن جنس المنافع يملك حقيقة بعقد الإجارة كما إذا آجر ملكه، فكذا يملك حكماً بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها، فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشيخين. قال الإمام النسفي في الكافي: الصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من ربّ الدار فجحده أو أقرّ به فصالحه الوارث على شيء جاز، لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا الصلح انتهى. وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا: ونقل ما ذكره الإمام الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مرّ، وأنت خبير بما بين ما نقل من الإسبيجابي والكافي من المخالفة، ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتأمل انتهى. أقول: المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهم، لأن مراد صاحب الكافي هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالإجارة كما إذا آجر ملكه، فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلاً، وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة. هي سكنى دار مثلاً وصية من رب الدار بالإجارة، كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة. ثم أقول: بقي هاهنا كلام، وهو أن ما ذكره الإمام الإسبيجابي في شرح الكافي من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهراً فهو جائز، وما ذكره صاحب النهاية نقلاً عن المغني من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز، وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز أيضاً، وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهراً ولبس ثوب شهراً فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتبرة، فإن مدلولهما جواز الصلح عن المنفعة وإن اتحد جنس المنفعتين من حيث جوّز فيهما مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر، والمصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة. قال في البدائع: فإن كان

ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك: فمن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيئاً من المال بطريق الصلح فاتباع: أي فلوليّ القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف: أي على مجاملة وحسن معاملة وأداء: أي وعلى المصالح أداء ذلك إلى وليّ القتيل بإحسان في الأداء، وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد. وأما المعنى الآخر وهو مرويّ عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عفي عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالاً وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع المعروف: أي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف: أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه وأداء إليه بإحسان: أي وليؤد القاتل إلى غير العافي حقه وافياً غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهراً،

بتمليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الخ مخالف لما ذكر في الهداية كما لا يخفى.

وفي مبسوط الإمام شمس الأئمة السرخسي: ولو أن الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجز لأن الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال، والموصى له بالخدمة لا يملك تمليك الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والإجارة، فكذلك لا يملك

فكذا بالصلح، والأصل فيه أن الصلح يجب حمله عل أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالاً لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن. قال: (ويصح عن جناية العمد والخطأ) أما الأول فلقوله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه الشيء فاتباع﴾ الآية. قال ابن عباس رضي الله عنهما: إنها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح، حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح ها هنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم. ولو صالح على خمر لا يجب شيء لأنه لا يجب بمطلق العفو. وفي النكاح يجب مهر المثل في

المنفعتان من جنسين مختلفين كما إذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالإجماع، وإن كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا، وموضع المسألة كتاب الإجارات، وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة يصح بما يصح به الإجارات ويفسد بما يفسد به انتهى. وقال في التبيين: إنما يجوز عن المنافع على المنفعة إذا كانتا مختلفتي الجنس، وإن كانتا متفقتين بأن يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز، لأنه لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح. وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى إلى غير ذلك من المعتبرات فتدبر قوله: **(والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالاً لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن)** أقول: لقائل أن يقول: قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به، فإمكان حمل مثله على شي من العقود غير ظاهر سيما إذا وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتأمل قوله: **(وهو بمنزلة النكاح حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال)** قال الشراح في شرح قوله إن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا. ولا ينعكس هذا: أي لا يقال كل ما يصلح بدلاً في الصلح يصلح مسمى في النكاح. فإن هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لأن الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وإن لم يصلح ما دون العشرة صداقاً، ولأنه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز، وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقاً لأن كون الصداق مالاً منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوماً والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضاً عنه فيجوز أن يقع عوضاً عن قصاص آخر انتهى كلامهم. **أقول**: هنا

فلهذا قال ابن عباس أنها نزلت في الصلح قوله: **(وهو بمنزلة النكاح)** إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه في معنى النكاح من حيث إن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال، ومن حيث إن كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي، وإذا كان في معناه فما صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح هاهنا، فلو صالحه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز، لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقاً، فكذا بدلاً في الصلح وإن صالح على ذلك أبداً لم يجز لأنه لم يصلح صداقاً لجهالته فكذا بدلاً، ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملتزم، ألا ترى أن الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وإن لم يصلح صداقاً، وأنه إذا صالح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقاً لأن كون الصداق مالاً منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ وبدل الصلح في القصاص ليس

تمليكه من الوارث، بخلاف لفظ الصلح؛ ألا يرى أن المدعى عليه بعد الإنكار لو صالح المدعي على شيء لم يصر به مقراً حتى إذا استحق عاد إلى رأس الدعوى، ولو اشترى منه المدعي صار مقراً له بالملك حتى لو استحق البدل رجع بالمدعي انتهى قوله: **(فمن أعطى له الخ)** أقول: من حينئذ كناية عن الولي قوله: **(فمن عفي عنه)** أقول: فيكون له بمعنى عنه.

قوله: **(ولا يتوهم، إلى قوله: وإن لم يصلح صداقاً)** أقول: لكن قال في المحيط: إذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز، والأصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مهراً في النكاح صلح بدلاً في الصلح عن دم العمد وما لا فلا، والوصيف يصلح مهراً في النكاح وينصرف مطلقه إلى الوسط، فكذا يصلح بدلاً في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى. والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل، فإن فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية قوله: **(والجواب أن الصلح على ما يصلح بدلاً عفو ممن له الق)** أقول: فيه نوع مصادرة.

الفصلين لأنه الموجب الأصلي، ويجب مع السكوت عنه حكماً، ويدخل في إطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها، وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لأنه حق التملك، ولا حق في المحل قبل التملك. أما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه. وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه، غير أن في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه. وأما الثاني وهو جناية الخطإ فلأن موجبها المال فيصير

إشكال وهو أنه إذا صح أن يكون بدل الصلح في جناية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف، إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لأن الصلح عن جناية العمد في صورة أن صالح من صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى. وقال الشراح تفريعاً على قول المصنف حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا، فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقاً فكذا بدلاً في الصلح، ولو صالحه على ذلك أبداً أو على ما في بطن أمته أو على غلة نخلة سنين معلومة لم يجز لأنه لم يصلح صداقاً فكذا بدلاً في الصلح انتهى. أقول: فيه بحث لأن تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الأشياء المذكورة بقولهم لأنه لم يصلح صداقاً فكذا بدلاً في الصلح ينافي قولهم بأن العكس هاهنا غير لازم ولا ملتزم، فإن صحة التعليل بما ذكروا يبتني على لزوم العكس والتزامه، فالصواب تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرّض لئلا يصلح صداقاً فإن جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه إلى التسليم والتسلم كما تقرر فيما مر. وقال بعض الفضلاء في حاشيته عن قول صاحب العناية: ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملتزم، لكن قال في المحيط: إذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز، والأصل في جنس شرع المسائل أن ما صلح مهراً في النكاح صلح بدلاً في الصلح عن دم العمد وما لا فلا، والوصيف يصلح مهراً في النكاح

كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوّماً والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضاً عنه فيجوز أن يقع عوضاً عن قصاص آخر، وقوله إلا أن عند فساد التسمية استثناء من قوله إن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا بمعنى لكن: أي لكن إذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما، فإن كان الأول كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لأن الوليّ ما رضي بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لأن بدل الصلح لا تتحمله العاقلة لوجوبه بعقده وإن كان الثاني كما لو صالح على خمر فإنه لا يجب عليه شيء لأنه لما لم يسم مالاً متقوّماً صار ذكره والسكوت عنه سيين، ولو سكت لبقي العفو مطلقاً، وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر **(وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين)** أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر **(لأنه الموجب الأصلي)** في النكاح **(ويجب مع السكوت عنه حكماً)** قال الله تعالى: ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم﴾ وموضعه أصول الفقه. وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح فإنه ما شرع إلا بالمال، فإذا لم يكن المسمى صالحاً صار كما لم لو يسم مهراً، ولو لم يسم مهراً وجب مهر المثل فكذا هاهنا. وأما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال، فإنه لو عفا بلا تسمية شيء لم يجب شيء، وفيه نظر لأن العفو لا يسمى صلحاً. والجواب أن الصلح على ما لا يصلح بدلاً عفو ممن له الحق فصح أن وجوبه ليس من ضروراته **(ويدخل في إطلاق جواب الكتاب)** وهو قوله ويصح عن جناية العمد **(الجناية في النفس وما دونها وهذا)** أي الصلح عن جناية العمد **(بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فإنه لا يصح لأن حق الشفعة حق أن يتملك، وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك)** فأخذ البدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام. أما القصاص فإن ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت في المحل فكان صحيحاً **(وإذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت)** وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازاً عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين، فإن الصلح مع الشفيع فيه جائز، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فإنه لا يصح لأن حصته

بمنزلة البيع، إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعاً فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لأن القصاص ليس بمال إنما يتقوّم بالعقد، وهذا إذا صالح على أحد مقادير الدية أما إذا صالح على غير ذلك جاز لأنه مبادلة بها، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين بدين. ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز

ويصرف مطلقه إلى الوسط فكذا يصلح بدلاً في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى. والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فإن فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية، إلى هنا كلام ذلك البعض. أقول: لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية، إذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط، لأن فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما إذا انصرف مطلقه إلى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهراً في النكاح وهذا أمر لا سترة به قوله: **(وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع)** أقول: فيه شيء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح إذا كان على جنس ما استحقه المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، وسيأتي ذلك في الكتاب أيضاً في باب الصلح في الدين. ولا يخفى أن الصلح عن جناية الخطأ إذا كان على أحد مقادير الدية مطلقاً قبل أن يقضي القاضي بأحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضي به بعد أن قضى بأحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم إطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل قوله: **(وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها)** أي أن يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة، كذا في الكافي وكثير من الشروح. قال صاحب غاية البيان: وفيه نظر عندي لأنه ضعيف جداً، لأن الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن نكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر ا هـ. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل، فإن كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر، بل

مجهولة لكن لا تبطل الشفعة لأنه لم يوجد منه الاعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح **(والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة)** يعني إذا كفل عن نفس رجل جاء المكفول وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح **(ولا يجب المال، غير أن في بطلان الكفالة روايتين)** في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبي حفص، وبه يفتي لأن السقوط لا يتوقف على العوض، وإذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل لأن الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة إلى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه، فإذا رضي أن يسقط حقه بعوض لم يسقط مجاناً **(وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع)** ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أو لا، والأول: إما أن يكون منفرداً أو منضماً إلى الصلح عن العمد، فإن كان منفرداً وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعاً والمقدر الشرعي لا يبطل فتردّ الزيادة، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية، إذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة إبطالاً له، بل القصاص ليس بمال فكان الواجب أن لا يقابله مال، ولكنه أشبه النكاح في تقوّمه بالعقد فجاز بأيّ مقدار تراضياً عليه كالتسمية في النكاح، وإن كان منضماً إلى العمد كان كما إذا قتل عمداً وآخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد، كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الألف والباقي لصاحب الدنانير. والثاني: كما إذا صالح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لأنه مبادلة، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين الدية بدين بدل الصلح **(ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية مثل أن قضى بمائة من الإبل**

قوله: **(بل القصاص ليس بمال)** أقول: وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة قوله: **(والثاني كما إذا صالح على مكيل الخ)**.

الزيادة على ما تعين. قال: **(ولا يجوز عن دعوى حدّ)** لأنه حق الله تعالى لاحقه، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه حق الولد لا حقها، وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة لأنه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه؛ ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف لأن المغلب فيه حق الشرع. قال: **(وإذا ادّعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع)** لأنه أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلاً للمال لدفع الخصومة. قالوا: ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلاً في دعواه. قال: **(وإذا ادعت امرأة على رجل نكاحاً فصالحها على مال بذله لها جاز)** قال رضي الله عنه: هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر، وفي بعضها قال: لم يجز. وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها. وجه الثاني أنه بذل لها المال لتترك

يقتضيه لأن ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعاً، فلا بد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة ببدل وهي الخلع، ولما جعل خلعاً سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه قوله: **(فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة)** إذ لا يسلم له شي من هذه الفرقة، وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج، كذا في الكافي وكثير من الشروح. أقول: لمانع أن يمنع قولهم، إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فإنه يسلم له منها أصل المهر، إذ لولا هذه الفرقة للزمه مهرها عند إثباتها النكاح فجاز أن يعطي الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمن هاتيك الفرقة التي هي في معنى الخلع. فإن قلت: يجوز أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطي العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال: يعني أن هذا الصلح إن جعل فرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج: كالمرأة إذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى. ويشير إليه قول صاحب العناية: فإن جعل ترك الدعوى منها

ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتي بقرة جاز لأن الحق قد تعين بالقضاء في الإبل)** وخرج غيره من أن يكون واجباً بهذا الفعل **(فكان ما يعطي عوضاً عن الواجب)** فكان صحيحاً **(بخلاف الصلح)** بالزيادة عليه **(ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين)** ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز، فكذا هذا. قال: **(ولا يجوز عن دعوى حد)** الأصل في هذا الاعتياض عن حق الغير لا يجوز، فإذا أخذ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر وأراد أن يرفعه إلى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل. وله أن يرجع عليه بما دفع إليه من المال، لأن الحدّ حق الله تعالى، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز، وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام، وإذا ادعت امرأة على رجل صبياً هو بيدها أنه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدّع المرأة النكاح وقالت إنه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لأن النسب حق الصبيّ فلا يجوز الاعتياض عنه **(وإذا أشرع رجل إلى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لأنه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك)** وقيد بقوله إلى طريق العامة لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح، لأن الطريق مملوكة لأهلها فيظهر في حق الأفراد، والصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به إلى تحصيل رضا الباقين؛ وقيد بقوله واحد على الانفراد لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليترك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال، لأن الاعتياض للإمام عن الشركة العامة جائز، ولهذا لو باع شيئاً من بيت المال صح **(وحد القذف داخل في جواب الحدود لأن**

أقول: هو معطوف على ما سبق بثمانية أسطر تخميناً وهو قوله والأول إما الخ قال المصنف: **(وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة)** أقول: قال العلامة النسفي في الكافي: بخلاف ما لو كان إلى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لأن الطريق مملوكة لأهلها انتهى قال المصنف: **(لأنه حق العامة)** أقول: وفي الكافي بدل قوله لأنه حق العامة لأن الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى.

يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقاً حيث قوبل بغير النافذة قوله: **(فصالحه رجل من أهل الطريق الخ)** أقول: يعني من أهل طريق غير نافذ.

الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة، وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح. قال **(وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال)** لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حرّ الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء. قال: **(وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه، وإن قتل عبد له رجلاً عمداً فصالحه جاز)** ووجه الفرق أنّ رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعاً فكذا استخلاصاً بمال المولى وصار كالأجنبي، أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعاً

فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة، كما إذا مكنت ابن زوجها انتهى فماذا حال هذا المعتى؟ قلت: يرد عليه أيضاً أن يقال: وقوع الفرقة من جانب المرأة إنما يمنع إعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما إذا مكنت ابن زوجها، وأما إذا كانت مباشرتها بسبب الفرقة برأي الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه إذا كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلّم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع إعطاء الزوج العوض؛ ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك أو قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك، فإن طلقت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها

المغلب فيه حق الشرع) ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث، بخلاف القصاص. قال: **(وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً الخ)** هذا بناء على الأصل المار أن الصلح يجب اعتباره بأقرب العقود إليه شبهاً، وإذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه وبذلاً للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها، فإن أقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لأن ما جرى كان خلعاً في زعمه ولا فائدة في إقامتها بعده، وإن كان مبطلاً في دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى، وهذا عام في جميع أنواع الصلح، إلا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تمليكاً على طريق الهبة. وفي عكس هذه المسألة وهي ما إذا ادعت امرأة على رجل نكاحاً فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك، فوقع في بعضها جاز، وفي بعضها لم يجز وجه الأول أن يجعل كأن الزوج بإعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها. ووجه الثاني أنه بذل لها لتترك الدعوى، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما إذا مكنت ابن زوجها، وإن لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لأن الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة **(وإن ادعى على رجل)** مجهول الحال **(أنه عبده فصالحه على مال أعطاه إياه فأقرب العقود إليه شبهاً العتق على مال فيجعل بمنزلته لإمكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه، ولهذا يصح على حيوان إلى أجل في الذمة)** ولا يصح ذلك إلا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السّلم في الحيوان **(و)** يجعل **(في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حرّ الأصل فجاز، إلا أنه لا يثبت الولاء لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء)** لأنه صالحه بعد كونه عبداً له فكان صلحه بمنزلة الإعتاق على مال وفيه الولاء **(وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً فصالح عن نفسه لم يجز)** سواء كان عليه دين أو لا **(وإن قتل عبد له)** أي للعبد المأذون له **(رجلاً عمداً فصالح عنه جاز)** سواء كان عليه دين أو لا **(والفراق أن رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعاً وإن جاز إجازة فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالأجنبي)** أي صار العبد كالأجنبي في حق نفسه لأن نفسه مال المولى، والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بدون إذنه لا يجوز فكذا هاهنا **(أما عبده فمن تجارته وكسبه**

قوله: **(والوطء الحرام في جانبها)** أقول: فيه بحث، فإنه لا يكون حراماً إذا كان بالقضاء، وجوابه أن المرأة يجوز أن تعتقد ذلك على رأي من قال لا ينفذ القضاء باطناً قوله: **(فكان رشوة)** أقول: أي رشوة محضة قال المصنف: **(ولهذا لا يملك التصرف فيه)** أقول: قال في النهاية: أي في رقبته بتأويل العضو أو الجزء انتهى. فيه بحث، فإن الرقبة هنا مجاز عن النفس.

استخلاصاً، وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه. قال **(ومن غصب ثوباً يهودياً قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه)** لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقوّمين فلا تظهر الزيادة. ولأبي حنيفة أن حقه في الهالك باق حتى لو كان عبداً وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في

قطعاً فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعاً عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعاً عنه فيما إذا مكنت ابن زوجها، فكذا هاهنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعاً عن لزوم إعطاء الزوج العوض فتدبر قوله: **(أو حقه في مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدوان بالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء الخ)**. قال صاحب العناية: وفي كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسألة في القيمي وذكر في الدليل المثل، فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثلي فحينئذ يصار إليها انتهى كلامه. أقول: قد غلط في استخراج هذا المقام، فحمل كلام المصنف على التسامح، ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الأخذ، وهذا غير متصوّر في القيميات لأن أخذ المثل فرع وجوده، ووجود المثل صورة ومعنى إنما يتصوّر في المثليات، وليس مراد المصنف به ذلك قطعاً، بل إنما مراده به حق تعلق الملك بجهة أن الواجب في ذمة الغاصب حقاً للمالك مثل الهالك صورة ومعنى، وهذا الحق يتصوّر في القيميات أيضاً وإن لم

وتصرفه فيه نافذ بيعاً فكذا استخلاصاً، و) تحقيق **(هذا أن المستحق كالزائل عن ملكه)** فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه **(وهذا)** أي الصلح **(كأنه شراؤه وهو يملك ذلك)** بخلاف نفسه، فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح، وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب، فإنه لو قتل عمداً فصالح عن نفسه جاز. وأجيب بأن المكاتب حرّ يداً واكتسابه له، بخلاف المأذون له فإنه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه، ثم صلح العبد المأذون له وإن لم يصح لكن ليس لوليّ القتيل أن يقتله بعد الصلح، لأنه لما صالحه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو، ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر إلى ما بعد العتق لأن صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفاً وإن لم يصح في حق المولى، فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق، ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقتل ولا أن يتبعه بشيء ما لم يعتق، فكذا هذا. قال: **(ومن غصب ثوباً يهودياً الخ)** يهود قوم من أهل الكتاب ينسب إليهم الثوب يقال ثوب يهودي وإنما خصه بالذكر إشارة إلى كونه معلوم القيمة وكل قيمي معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيمياً معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على أكثر منها من النقود جاز عند أبي حنيفة، وقالا: يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس، وقيد بالغصب لأنه المحتاج إلى الصلح غالباً، وقيد بالقيمي احترازاً عن المثلي، فإن الصلح عن كرّ حنطة على دراهم أو دنانير جائز بالإجماع سواء كانتا أكثر من قيمته أو لا، ولكن القبض شرط وإن كانتا بأعيانهما لئلا يلزم بيع الكالىء بالكالىء، وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما، وقيد بالاستهلاك لأن المغصوب إذا كان قائماً جاز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع، وقيد بقوله من النقود لأنه لو صالح على الطعام موصوف في الذمة حالاً وقبضه قبل الافتراق جاز بالإجماع. والأصل في هذا أن الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة إن كان قائماً، وتقديراً إن لم يكن عند أبي حنيفة، وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا إن الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم الدنانير فالزيادة عليهما بما لا يتغابن فيه الناس كان ربا، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة. ولأبي حنيفة طريقان: أحدهما أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما

قوله: **(ولهذا كان له الخ)** أقول: الضمير في قوله له راجع إلى الولي قوله: **(وهذا: أي الصلح كأنه شراؤه الخ)** أقول: فأشار الشارح إلى أن الكلام على التشبيه قوله: **(يؤاخذ به بعد العتق)** أقول: قوله يؤاخذ به صفة أخرى.

مثله صورة ومعنى، لأن ضمان العدوان بالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة. قال: **(وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل)** وهذا بالاتفاق، أما عندهما فلما

يتصور حق الأخذ إلا في المثليات، لأن وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به، ومما يفصح عما قلنا ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال: والوجه لأبي حنيفة رحمه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكماً فيجوز بالغاً ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة. وإنما قلنا: إن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكماً لأن الواجب في ذمة الغاصب حقاً للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيداً بالمثل. والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى، ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية، إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم، والآخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش، ولا ضرورة في الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما ادعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان انتهى. والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة؟ ثم قال صاحب العناية: ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلي إذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبله إن تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى. أقول: عذره أقبح من ذنبه، لأن المصنف هاهنا ليس بصدد بيان المسألة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المسألتين في الحكم شيئاً، بل هو هاهنا في مقام الاستدلال

لم يتقرر حقه في ضمان القيمة، حتى لو كان عبداً واختار ترك التضمين كان العبد هالكاً على ملكه حتى كان الكفن عليه، ولو كان آبقاً فعاد من إباقه كان مملوكاً له، وإذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضاً عن ملكه في الثوب أو العبد، ولا ربا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائماً. والثاني أن الواجب على الغاصب ردّ العين لقوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى ترده» فهو الأصل في الغصب، وإنما تجب القيمة عند تعذر ردّ العين لتقوم القيمة مقام العين، وكان ذلك ضرورياً لا يصار إليه إلا عند العجز، فإذا صالح على شيء كان البدل عوضاً عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا، وفي كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسألة في القيمي، وذكر في الدليل المثلي فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات، ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثلي فحينئذ يصار إليها. ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلي إذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل إلى القيمة إلا بالقضاء، فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة. ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة إلى أجل فإنه لا يجوز، ولو كان بدلاً عن المغصوب جاز لأن الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع، وبما لو صالح من الدية على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز. وأجيب بأن المغصوب المستهلك لا يوقف على أثره فكان كالدين، والدين بالدين حرام حتى لو صالحه عن ذلك حالاً جاز وبأن البدل جعل في مقابلة الدية لأنه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول. وعورض دليل أبي حنيفة بأنه لو باع عين الغصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز، فلو كان

قوله: **(وفي كلام المصنف تسامح، إلى قوله: إنما هو في المثليات)** أقول: وفي الكافي أو حقه في الأصل صورة ومعنى، إذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص، وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية انتهى. وبه يندفع ما ذكره الشارح، فإن قوله وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل.

بينا. والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه، بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها **(وإن صالحه على عروض جاز)** لما بينا أنه لا يظهر الفضل، والله أعلم بالصواب.

على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته، فإن لم يفد الدليل الذي ذكره المدعي بناء على كون المدعي في القيمي وكون الدليل مخصوصاً بالمثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم إيفائه حق المقام، ولا تجدي الإشارة إلى أمر أجنبي عن الصدد نفعاً كما لا يخفى.

بمنزلة القائم حكماً لجاز. وأجيب بأن المبيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال. وأما الصلح فيمكن تصحيحه إسقاطاً وصحته لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة قوله: **(وإذا كان العبد بين رجلين الخ)** ظاهر، والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله ﷺ «ومن أعتق شخصاً من عبد بينه وبين شريكه قوّم عليه نصيب شريكه فيضمن إن كان موسراً أو يسعى العبد».

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه، والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال صاحب النهاية: لما كان تصرف المرء لنفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره، وهو المراد بالتبرع بالصلح لما أن الإنسان في العمل لغيره متبرّع، واقتفى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية. أقول: إن قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد، إذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح هاهنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدركاً لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضاً. فالحق عندي أن المراد بالتبرع بالصلح هاهنا هو الصلح عن آخر بغير أمره، وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره، وكلتا الصورتين مذكورتان في هذا الباب فيسلم ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك. بقي شيء وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر إلى قول المصنف في العنوان والتوكيل به. والجواب أن التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع إلى معنى التوكل وهو تصرف للغير. فإن قلت: فلم لم يقل والتوكيل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج إلى البيان بأنه مصدر من المبني للمفعول. قلت: فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الإيماء إلى أن المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك، تأمل فإنه معنى لطيف قوله: **(والمال لازم للموكل)** قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الأقطع: والمال لازم على الموكل انتهى. وقال صاحب غاية البيان: واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] أي فعليها. واقتفى أثره صاحب العناية حيث قال: والمال لازم للموكل: أي على الموكل كما في قوله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] أي فعليها انتهى. أقول: لا وجه لحمل اللام في قوله والمال لازم للموكل على معنى «على» لأن للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها وبالباء، يقال لزمه ولزم به، ولا تتعدى بعلى، فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط، فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون إقحامها لتقوية العمل، فالمعنى والمال يلزم الموكل، وإدخال اللام على معمول اسم الفاعل من الأفعال المتعدية بأنفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب، بخلاف قوله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] لأن اللام في «فلها» هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى، فيجوز أن يقدر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة له فلا ضير في أن يحمل اللام هناك على معنى على تأمل تقف قوله: **(وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ)** قال صاحب النهاية: وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكفي لتأويل المسألة،

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان تصرف المرء لنفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره، وهو المراد بالتبرع بالصلح لأن الإنسان في العمل لغيره متبرع. قال: **(ومن وكل رجلاً بالصلح عنه الخ)** ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه: أي عمن وكل في رواية المصنف. وروي غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه إلا أن يضمنه. المال لازم للموكل: أي على الموكل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قوله: **(وهو المراد بالتبرع بالصلح)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(لم يلزم الوكيل ما صالح عنه)** أقول: أي عمن وكل فالعائد إلى اسم الموصول محذوف: أي ما صالح عليه عن الموكل قوله: **(وروى غيره)** أقول: يعني الأقطع.

فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمنه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل. قال: **(وإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه: إن صالح بمال وضمنه تم**

فإن فيه قيد آخر وهو أنه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء، وإن كان الصلح في المعاوضات لأنه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار: ولو ادعى رجل في دار رجل حقاً فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره، إلى أن قال: ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمنه الذي صالحه لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال، وذلك جائز مع الأجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى. واقتفى أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يكفي لتأويل المسألة، بل لا بد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الإنكار. أقول: يمكن أن يقال: يستغنى عنه بما ذكره المصنف، فإن قوله أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع، فترجع الحقوق إلى لوكيل من تتمة تأويله، ومقصوده منه تعميم جواب المسألة لكل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم، كأنه قال: وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسألة. وفائدته التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين إنما هو بطريق التمثيل لا بطريق

كما في قوله تعالى ﴿وإن أسأتم فلها﴾ أي عليها، وهذا كما ترى يدل بظاهره على أن الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقاً إلا إذا ضمنه، فإنه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة. قال المصنف **(وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد، أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه إلا أن يضمنه، لأنه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل)** وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على إطلاق جواب المختصر. وقال صاحب النهاية ما معناه: إنه لا بد لتأويل المسألة من قيد آخر، وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الإنكار، فإن كان لا يجب على الوكيل شيء وإن كان فيها لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الأجنبي جوازه مع الخصم. قال: **(وإن صالح عنه رجل بغير أمره الخ)** وإن صالح عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه: ووجه ذلك أن الفضولي عند الصلح على مال، أما إن قرن بذكر المال ضمان نفسه أو لا فالأول هو الوجه الأول، والثاني أما إن أضاف المال إلى نفسه أو لا فالأول هو الوجه الثاني، والثاني إما أن يسلم المال المذكور أو لا فالأول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع. ولكن يرد وجهان آخران، وهو أن يكون المال المذكور خالياً عن الإضافة إما معرفاً أو منكراً، وكل منهما أما إن ترن به التسليم أو لم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقي وجها حكم المعرف، ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر. أما وجه الوجه الأول فإنه إذا صالح وضمن ثم الصلح، لأن الحاصل المدعى عليه ليس إلا بالبراءة لأنه يصح بطريق الإسقاط، وفي حق البراءة الأجنبي والخصم سواء لأن الساقط يتلاشى، ومثله لا يختص بأحد فصلح أن يكون أصيلاً في هذا الضمان إذا أضافه إلى نفسه كالفوضولي بالخلع من جانب المرأة إذا ضمن المال ويكون متبرعاً على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين، بخلاف ما إذا كان بأمره فإنه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي: أي لا يصير الدين المدعي به ملكاً للمصالح وإن كان المدعي عليه مقراً، وإنما يكون ذلك للذي في يده: يعني في ذمته لأن تصحيحه بطريق الإسقاط كما مر لا بطريق المبادلة، فإذا سقط لم يبق شيء فأي شيء يثبت له بعد ذلك، ولا فرق في هذا: أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعي به بين ما إذا كان الخصم مقراً أو منكراً. أما إذا كان منكراً فظاهر لأن في زعمه أن

(وقوله وهو أن يكون المصالح في المعاوضات) أقول: الظاهر أن يقال الصلح في المعاوضات قوله: **(وإن كان فيها)** أقول: الضمير في قوله فيها راجع إلى المعاوضات.

الصلح) لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقها هو والأجنبي سواء فصلح أصيلاً فيه إذا ضمنه. كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل ويكون متبرّعاً على المدعى عليه كما لو تبرّع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي، وإنما ذلك للذي في يده لأن تصحيحه بطريق الإسقاط، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقراً أو منكراً **(وكذلك إن قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها)** لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح **(وكذلك لو قال على ألف وسلمها)** لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده **(ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف، وإن لم يجزه بطل)** لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له، إلا أن الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه، فإذا لم يضفه بقي عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته. قال العبد الضعيف عصمه الله: ووجه آخر وهو أن يقول صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامته له فيتم بقوله. ولو استحق العبد أو وجد به عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح لأنه التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه، فإن سلم المحل له تم الصلح، وإن لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء. بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت أو وجدها زيوفاً حيث يرجع عليه لأنه جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله، والله أعلم الصواب.

تخصيص جواب المسألة بذلك، فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعاً في غير ذلك، كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيراً محضاً كالنكاح والخلع وغيرهما، وإذ قد تقرّر هذا فقد فهم دخول الصلح على الإنكار في جواب هاتيك المسألة وإن كان الصلح في المعاوضات إذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه إنما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة، وإنما هو معاوضة في حق المدعي، وأنه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه وإن كان الصلح في المعاوضات صلحاً عن مال بمال، وقد أشار إليه في المبسوط بقوله لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال. ولا يخفى أن ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج إلى التصريح بقيد آخر تفكر.

لا شيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى إليه، وأما إذا كان مقراً فبالصلح كان ينبغي أن يصير المصالح مشترياً ما في ذمته بما أدى، إلا أن شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعي به عيناً والمدعى عليه مقراً، فإن المصالح يصير مشترياً لنفسه إذا كان بغير أمره لأن شراء الشيء من مالكه صحيح وإن كان في يد غيره. ووجه الوجوه الباقية مذكور في المتن وهو ظاهر، خلا أن قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ. وقال بعضهم: هو بمنزلة قوله صالحني على ألفي ينفذ على المصالح والتوقف فيما إذا قال صالح فلاناً على ألف درهم من دعواك على فلان فإنه فيه يقف عن إجازة المدعى عليه، فإن أجاز جاز وإن ردّ بطل، وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب. ذكره في الذخيرة، وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح، والله أعلم.

قوله: **(فصلح أن يكون أصيلاً في هذا الضمان)** أقول: فيه شيء، والظاهر أن يقول في هذا الصلح قوله: **(صالح فلاناً على ألف درهم من دعواك على فلان)** أقول: يعني فلاناً الأول، ولو قال من دعواك عليه لكان أبعد عن التشويش.

باب الصلح في الدين

(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه

باب الصلح في الدين

قوله: **(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه)** أقول: فيه كلام، وهو أن كلية ذلك بالنظر إلى قوله لم يحمل المعاوضة مسلمة، وأما بالنظر إلى قوله وإنما يحمل على إنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فممنوعة، لأن ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة إذا كان على مثل حقه قدراً ووصفاً، كما إذا كان عليه ألف درهم جياد فصالح عن ذلك على ألف درهم جياد يحمل على استيفاء عين حقه، صرح به في كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما، وليس فيه إسقاط شيء قط، وعن هذا قال في الوقاية: وصلحه على بعض من جنس ماله عليه أخذا لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة انتهى. ويمكن أن يعتذر عما في الكتاب بأنه خارج مخرج العادة، فإن المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعي لا على مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعي. قال صاحب النهاية: وهاهنا ينبغي أن يزاد في لفظ الرواية قيد آخر، وهو أن يقال: وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة، وإنما قلنا ذلك لأنه إذا أمكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة، وإن كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر إن كان مؤجلاً بطل الصلح وإلا فلا، ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لا يجوز. والبخية: اسم لما هو أجود من السود، ولكن كل منهما من جنس الدراهم، وإنما لم يجز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل، والصرف إلى أجل باطل انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأن قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف، فإن ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة، وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم، يشهد بذلك كله الأمثلة المذكورة في المسائل وأدلتها المفصلة فيه. وأما المثال الذي ذكره بقوله ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل، لأنه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف. أما الأول فلأن البخية

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين، لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم. قال: **(وكل شيء وقع عليه الصلح)** بدل الصلح إذا كان من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه **(بعقد المداينة لم يحمل)** الصلح **(على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق وإسقاط الباقي)** وقيد بعقد المداينة وإن كان حكم الغصب كذلك حملاً لأمر المسلم على الصلاح **(كمن له على آخر ألف درهم)** جياد حالة من ثمن متاع باعه **(فصالحه على خمسمائة، وكمن له على آخر ألف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف فإنه يجوز لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطاً للبعض في المسألة الأولى، وللبعض والصفة في الثانية. ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح)** ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الإسقاط لأن في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربا، فإن لم يمكن حمله على إسقاط الباقي، كما إذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح، لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة، إذ التصرف في الديون في مسائل الصلح لا

باب الصلح في الدين

استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة، وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لأن تصرّف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطاً للبعض في المسألة الأولى وللبعض، والصفة في الثانية **(ولو صالح على الألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق)** لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير **(ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز)** لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا

أجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالسود، وإنما المستحق به السود لا غير. وأما الثاني فلأن الأجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال: وإنما لم يجز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل، والصرف إلى أجل باطل **(قوله وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا)** أقول: لقائل أن يقول: إنما يفضي إلى الربا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضاً عن مجموع الألف المدعي، وأما إذا جعل عوضاً عما يساويه من بعض المدعي وهو الخمسمائة بناء على أن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانه فلا إفضاء إلى الربا، فما بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التأجيل فتأمل في الجواب **(قوله ومن له على آخر درهم)** فقال: أدّ إليّ غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء. قال صاحب العناية: قيل معناه: فقبل فهو بريء في الحال، ويجوز أن يكون معناه فأدّى إليه ذلك فهو بريء من الباقي انتهى. أقول: لا يذهب على الفطن أن قوله فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد إليه الألف يأبى المعنى الثاني ويناسب المعنى الأول، لأن عود الألف إليه يقتضي تحقق البراءة عنه أو لا، لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضاً بأنه لا شك أن البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة إليه غداً متحققة أوّلاً، وإن لم تتحقق البراءة المقطوعة إلا بأداء ذلك إليه غداً ففيما إذا لم يدفع ذلك إليه غداً يصح أن يقال عاد إليه الألف نظراً إلى تحقق البراءة الموقوفة من قبل، فإن نصف الألف قد خرج ملكه خروجاً موقوفاً على أداء نصفه الآخر إليه غداً، فإذا لم يؤد إليه ذلك غداً عاد إليه الألف كما كان، وأما جعل العود مجازاً عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فمما لا تقبله الفطرة السليمة **(قوله إلا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة)** قلت: الباء بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا بهذا، فالمعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة إلى ما تحمل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال: أي في المعنى، وإلا ففي اللفظ دخل كلمة على في الإبراء دون الأداء

يخرج عن أحد هذين الوجهين، وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز **(وكذا إذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة)** فإنه لا يمكن حمله على الإسقاط **(لأن المعجل)** لم يكن مستحقاً بالعقد حتى يكون استيفاؤه لبعض حقه وهو **(خير من النسيئة)** لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين **(و)** صفة **(التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام)** روي أن رجلاً سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك، ثم سأله فقال: إن هذا يريد أن أطعمه الربا. وهذا لأن حرمة ربا النساء ليست إلا لشبهة مبادلة المال بالأجل، فحقيقة ذلك أولى بذلك **(ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز، ولو كانت بالعكس جاز)** والأصل أن المستوفي إذا كان أودن من حقه فهو إسقاط كما في العكس، وإن كان أزيد قدراً أو وصفاً فهو معاوضة **(لأن الزيادة غير مستحقة له)** فلا يمكن جعله استيفاء **(فيكون معاوضة**

قوله: **(فيحمل على التأخير)** أقول: بالنصب.

يمكن حمله على التأخير، ولا وجه له سوى المعاوضة، وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح **(ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز)** لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطّه عنه، وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام **(وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز)** لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفاً فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لأنه إسقاط كله قدراً ووصفاً، وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل، ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس، ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه أمكن أن يجعل إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلاً للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم. قال: **(ومن له على آخر ألف درهم فقال أدّ إليّ غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء، فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يعود عليه)** لأنه إبراء مطلق؛ ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة عليّ وهي للمعاوضة،

انتهى. فكأنه حمل الباء على الإلصاق فأخذ منه الدخول في الأداء فاحتاج إلى التكلف، وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك **(قوله والأداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه)** قال صاحب العناية في شرحه: والأداء لا يصلح عوضاً لأن حدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء قوله، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة. أقول: ليس هذا بشيء لأن مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالأداء شيء في جانب الدائن، والبراءة إنما تستفاد في جانب المديون، وحدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها، فإذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتمّ المطلوب قوله: **(أو لأنه متعارف)** قال صاحب العناية: قوله أو لأنه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة: يعني أن حمل كلمة على الشرط لأحد معنيين: إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف. أقول: فيه نظر، لأن المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط، لأنها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها ما لم يوجد بينهما علاقة المجاز. ولا يخفى أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفاً لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز، بخلاف المعنى الأول فإن اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز. نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد أن ثبتت العلة المصححة له، لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصوّر إلا بكونه علة مصححة للتجوز كالأول وليس فليس. ثم أقول: الأقرب إن يكون قوله أو لأنه متعارف معطوفاً على الأقرب وهو قوله تصحيحاً لتصرفه، وإن كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون

الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فإن قيل: إذا كان حقه ألف درهم نبهرجة فصالحه على ألف درهم بخية [1] نقد بيت المال فهو أجود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة. أجاب بقوله: **(وبخلاف ما إذا صالح)** على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة إلا أنه يعتبر القبض في المجلس وحاصله أن الجودة إذا وقعت في مقابلة مال كان ربا كالمسألة الأولى فإنها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربا، وأما إذا لم يقع فذلك صرف والجيد والرديء فيه سواء يداً بيد **(ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لأنه أمكن جعله إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة)** إن كانت حالة وإسقاطاً لذلك **(وتأجيلاً لباقي)** إن كانت موجلة **(تصحيحاً أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم)**

قوله: **(كما في العكس)** أقول: ناظر إلى قوله ولو كانت بالعكس.

والأداء لا يصح عوضاً لكونه مستحقاً عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقاً فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء. ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضاً حذار إفلاسه وتوسلاً إلى تجارة أربح منه، وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه

معطوفاً على ما ذكره صاحب العناية؛ فمعنى كلام المصنف: فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل، أو لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف، فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بياناً للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحاً لتصرفه، وقوله أو لأنه متعارف بياناً للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى **(قوله والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن لا يتعلق به كما في الحوالة)** قال صاحب العناية: قوله كما في الحولة متعلق بقوله فيفوت بفواته: يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل انتهى. أقول: لا يخفى على ذي مسكة أنّ جعل قوله كما في الحوالة متعلقاً بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المجال الواضح لجعله متعلقاً بما يتصل به وهو قوله والإبراء إنما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به، وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة: يعني أن البراءة مما يتقيد مما يتقيد كالحوالة، لأن الحوالة على نوعين: مطلقة ومقيدة. وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام: والإبراء يتقيد بالشرط وإن لم يتعلق به كالحوالة فإنها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلساً يعود الدين إلى ذمة المحيل انتهى. وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحداً ذهب إلى كون قوله كما في الحوالة

لأن مبنى الصلح على الحطيطة والحط هاهنا أكثر فيكون الإسقاط ألزم من معنى المعاوضة. قال: **(ومن له على آخر ألف درهم الخ)** ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أدّ إليّ غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء. قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال، ويجوز أن يكون معناه: فأدّى إليه ذلك غداً فهو بريء من الباقي، فإن لم يدفع إليه غداً خمسمائة عاد الألف كما كان في قوله أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق إذ ليس فيه ما يقيده، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على، والأداء لا يصلح عوضاً، لأن حدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجرى وجوده: أي وجود جعل الأداء عوضاً مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقاً وهو لا يعود كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال أبرأتك عن خمسمائة من الألف على أن تؤدي غداً خمسمائة. ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته: أي عند فواته، فإن انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الأصلي وموضعه أصول الفقه، وإنما قلنا إنه مقيد بالشرط لأنه بدأ بأداء خمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضاً حذار إفلاسه أو توسلاً إلى تجارة أربح فصلح أن يكون شرطاً من حيث المعنى، وكلمة على وإن كانت للمعاوضة لكن تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه، فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين، وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحتمل على الشرط تصحيحاً لتصرفه وكأنه منهما قول بموجب العلة: أي سلمنا أنه لا يصح أن يكون مقيداً بالعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيداً بوجه آخر وهو الشرط قوله: (أو

قوله: **(ففعل فهو بريء، قيل معناه فقبل الخ)** أقول: فالفعل مجاز عن التزامه في الدين قوله: **(ويجوز أن يكون معناه، إلى قوله: عاد الألف)** أقول: فيكون العود مجازاً عن البقاء كما كان إلا أن مقتضى كلمة عاد هو المعنى الأول، ويدل عليه ما سيذكره في الفرق بين التعليق والتقييد قوله: **(حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على)** أقول: أي في المعنى، وإلا ففي اللفظ دخل كلمة على في الإبراء دون الأداء قوله: **(والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء)** أقول: فيه شيء، بل يستفاد به البراءة. والأظهر لم يستفد بشيء، ثم قوله والأداء مستحق عليه: معناه في كل وقت قوله: **(فجرى وجوده: أي وجود جعل الأداء الخ)** أقول: الأولى أن يقال المراد وجوده لفظاً قوله: **(يعني أن حمل كلمة على، إلى قوله: متعارف)** أقول: تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الأول، والأقرب أن يجعل عطفاً على قوله تصحيحاً لتصرفه.

فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه أو لأنه متعارف، والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كما في الحوالة، وستخرج البداءة بالإبراء إن شاء الله تعالى. قال العبد الضعيف: وهذه المسألة على وجوه: أحدها ما ذكرناه. والثاني إذا قال صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إليّ غداً وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إليّ غدا فالألف عليك على حاله. وجوابه أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به. والثالث إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً والإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه أطلق الإبراء أوّلاً، وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً ولكنه يصلح شرطاً فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقروناً به، فمن حيث أنه

متعلقاً بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية. والعجب منه أن ما صوّره من المعنى لا يساعد ما ذهب إليه بل يناسب خلاف ذلك فإنه قال: يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة. ولا يخفى على الفطن أن قوله لما كان مقيداً بشرط كان كالحوالة، وقوله فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة إنما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقاً بقوله والإبراء مما يتقيد بالشرط، وإنما المساعد لما ذهب إليه أن يقال: يعني إن الإبراء لما كان فائتاً بفوات الشرط كان كالحوالة فإنها تفوت بفوات شرط السلامة، على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقيد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون أصله، تبصر ترشد قوله: **(قال العبد الضعيف: وهذه المسألة على وجوه)** قال صاحب النهاية: أي وجوه خمسة: فوجه الحصر فيها هو أن ربّ الدين في تعليق الإبراء بعض الدين لا يخلو إما أن بدأ بالأداء أم لا، فإن بدأ به فلا يخلو إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط أم لا، فإن لم يذكره فالوجه الأول وإن ذكره فالوجه الثاني، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن بدأ بالإبراء أم لا، فإن بدأ فالوجه الثالث، وإن لم يبدأ بالإبراء فلا يخلو إما أن بدأ بحرف الشرط أم لا، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع، وإن بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه. وهكذا ذكر وجوه الحصر في العناية أيضاً نقلاً عن صاحب النهاية. أقول: فيه إشكال، أما أولاً فلأنه جعل الوجه الثاني قسماً مما بدأ بالأداء مع أنه لم يبدأ فيه بالأداء بل بدأ فيه بالمصالحة، وأما

لأنه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة: يعني أن حمل كلمة على على شرط لأحد معنيين: إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيداً لإبراء الباقي، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فصار كما لو قال: إن لم تنقد غداً فلا صلح بيننا قوله: **(والإبراء مما يتقيد بالشرط وإلا كان لا يحتمل التعليق به)** جواب عما يقال تعليق الإبراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل إذا أديت أو متى أديت أو إن أديت إليّ خمسمائة فأنت بريء من الباقي باطل بالاتفاق، والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزاً؟ ووجهه أنهما متغايران لفظاً ومعنى. أما لفظاً فهو أن التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحاً والتعليق به يستعمل فيه ذلك. وأما معنى فلأن في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية أن يزول إن لم يوجد الشرط، وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية أن يثبت عند وجود الشرط، والفقه في ذلك أن في الإبراء معنى الإسقاط والتمليك. أما الأول: فلأنه لا تتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص. وأما الثاني: فلأنه يرتدّ بالرد كما في سائر التمليكات، وتعليق الإسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط، وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام. والإبراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الإمكان. فقلنا: لا يحتمل التعليق بالشرط عملاً بشبه التمليك، وذلك إذا كان بحرف الشرط، ويحتمل التقييد به عملاً بشبه الإسقاط وذلك إن لم يكن ثم حرف شرط، وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيداً بشرط والمقيد به

قوله: **(وإن ذكره فهو الوجه الثاني)** أقول: فإن قيل: لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة، فلا معنى لجعله قسماً مما بدىء فيه بالأداء. قلنا: ذلك مبني على اتحاده مع ما بدىء فيه بالأداء حكماً فليتأمل.

لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً، ومن حيث أنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا، والرابع إذا قال أدّ إليّ خمسمائة على أنك بريء من الفضل ولم يؤقّت للأداء وقتاً. وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن هذا إبراد مطلق، لأنه لما لم يؤقّت للأداء وقتاً لا يكون الأداء غرضاً صحيحاً لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً، بخلاف ما تقدّم لأن الأداء في الغد غرض صحيح. والخامس

ثانياً فلأنه جعل الوجه الرابع قسماً مما لم يبدأ بالأداء مع أنه بدأ فيه بالأداء كما ترى. ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية. أما عن الأول فبأن يقال: إن البدء في الوجه الثاني وإن لم يكن بالأداء صورة إلا أنه كان به معنى، لأن حاصل معناه أدّ إليّ غداً خمسمائة من الألف وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إليّ غداً فالألف عليك على حاله، فالمراد بأن بدأ بالأداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسألة ويمتاز عن سائر وجوهها. ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه. وأما المصالحة فإنها ذكرت فيه لمجرد التفصيل والإيضاح. وأما عن الثاني فبأن يقال: ليس المراد بالبدء بالأداء في وجه الحصر البدء بالأداء المطلق، بل المراد به البدء بالأداء المؤقت. ولا يخفى أنه لم يبدأ في الوجه الرابع بالأداء المؤقت، بل إنما بدأ فيه بالأداء المطلق فاستقام التقسيم. وأجاب بعض الفضلاء عن الإشكال الأول وجه آخر حيث قال: فإن قيل: لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسماً مما بدىء فيه بالأداء. قلنا: ذلك مبني على اتحاده مع ما بدئ فيه بالأداء حكماً فليتأمل انتهى. أقول: ليس هذا الجواب بشيء لأن اتحاده مع ما بدئ فيه بالأداء حكماً لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدىء فيه بالأداء، إذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات، كيف ولوجاز جعل الوجه الثاني مما بدىء فيه بالأداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدىء فيه بالأداء وهو الوجه الأول لجاز جعل ما لم يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضاً، فلم يظهر وجه لجعل الوجه الأول والوجه الثاني قسمين مستقلين قوله: **(بخلاف ما**

يفوت عند فواته كما مر قوله: **(كما في الحوالة)** متعلق بقوله فيفوت بفواته: يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل. وقوله: **(وستخرج البداءة بالإبراء)** وعد بالجواب عما قال أبو يوسف كما إذا بدأ بالإبراء. وإذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية. قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة: إن رب الدين في تعليق الإبراء بأداء البعض لا يخلو إما إن بدأ بالأداء أو لا، فإن بدأ به فلا يخلو، إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط أولاً، فإن لم يذكره فهو الوجه الأول وإن ذكره فهو الوجه الثاني، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن بدأ بالإبراء أولاً، فإن بدأ به فهو الوجه الثالث، وإن لم يبدأ بالإبراء فلا يخلو إما أن بدأ بحرف الشرط أو لا، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع وإن بدأ فهو الخامس. أما الوجه الأول: فقد ذكرناه، والوجه الثاني: ظهر مما تقدم، والثالث: وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على أن الثابت أوّلاً لا يزول بالشك، فإذا قدم الإبراء حصل مطلقاً ثم بذكر ما بعده وقع الشك، لأنه إن كان عوضاً فهو باطل لما تقدم فلم يزل به الإطلاق، وإن كان شرطاً يقيد به وزال الإطلاق، فإذا وقع الشك لم يبطل به الثابت أوّلاً، وفي عكسها عكس ذلك. والرابع: وجهه أنه إذا لم يؤقت للأداء وقتا ظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجباً في مطلق الأزمان فلا يصلح أن يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق إلا جهة العوض، وهو غير صالح لذلك كما تقدم. والخامس: تعليق وقد تقدم أن الإبراء لا يحتمله فلا يكون صحيحاً **(ومن قال لآخر لا أقرّ لك بما لك عليّ حتى تؤخره عني أو تحط عني بعضه ففعل)** أي أخر أو حط **(جاز عليه)** أي نفذ هذا التصرف على ربّ الدين فلا يتمكن من المطالبة في

قوله: **(فإن لم يبدأ فالوجه الرابع)** أقول: فيه بحث، لأن الوجه الرابع مما بدىء فيه فالأداء فكيف يجعل قسماً مما لم يبدأ به؟ لا يقال جعله قسماً منه بناء على أنه لا يتغير الجواب إذا لم يبدأ به بل بدىء بالإبرء لأن الوجه الثاني أيضاً كذلك كما يظهر من جامع التمرتاشي، والله أعلم.

إذا قال إن أديت إليّ خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت. فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحاً، وتعليق البراءات بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد، بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به. قال: **(ومن قال لآخر لا أقرّ لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه)** لأنه ليس بمكره، ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً، أما إذا قال علانية يؤخذ به.

إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقروناً به، فمن حيث إنه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً، ومن حيث إنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا) أقول: فيه بحث، لأن هذا وإن أفاد الفرق بين الوجهين إلا أنه ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة محمد رحمهما الله في الوجه الأول، لأنه كما لا يثبت الإطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضاً فيلزم أن لا يثبت تقييد الإبراء بالشرط في ذلك الوجه، إذ لم يثبت تقييده به أولاً هناك كما ثبت إطلاقه أولاً في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك، بل إن أخذ التقييد هناك فإنما يؤخذ من مقارنة الإبراء بالأداء، وإذا كان الأداء متردداً بين ما يقتضي الإطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره هاهنا كان تقييده بالشرط مشكوكاً غير ثابت، وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الإبراء مقيداً بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل في التوفيق.

الحال إن أخر وأبداً إن حط **(لأنه ليس بمكره)** لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف. لا يقال: هو مضطر فيه لأنه إن لم يفعل لم يقر، لأن تصرف المضطر كتصرف غيره، فإن من باع عيناً بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذاً **(ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً، أما إذا قال علانية يؤخذ)** المقرّ **(بجميع المال)** في الحال.

فصل في الدين المشترك

قال: **(وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار، إن شاء اتبع الذي عليه الدين بصفة، وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين)** وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة، ولكنه قبل المشاركة باق

فصل في الدين المشترك

أخر بيان حكم المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد قوله: **(وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهم شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض)** قال في النهاية: وأما إذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوباً ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط وإشارة رواية الكتاب انتهى. أقول: فلقائل أن يقول: إذا كان قبض أحد الشريكين في الدين شيئاً من الدين مخالفاً لأخذ أحدهما ثوباً بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسألة ما إذا قبض أحد الشريكين في الدين شيئاً من الدين وبين مسألة الكتاب، فلم يظهر لجعل الأولى أصلاً للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن، وإنما يظهر حسن ذلك فيما إذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضاً في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك قوله: **(وله حق المشاركة)** قال بعض الفضلاء: الظاهر إسقاط لفظ الحق، فإن المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى. أقول: بل الحق إقحام لفظ الحق، لأن الضمير في وله عائد إلى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا إلى أحد الشريكين في كل شيء، وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض وإلا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة، وإنما له حق المشاركة فيه، فلو أسقط لفظ الحق هاهنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد والثمرة فأقحم لفظ الحق دفعاً لذلك التوهم قوله: **(ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه)** قال الشراح قاطبة: هذا استدراك جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر. أقول: نعم كذلك، لكن يرد عليه أنه وإن تم جواباً عن ذلك السؤال إلا أنه مناف لما تقرر آنفاً من أن لصاحبه حق المشاركة في المقبوض، لأنه لما قال في تعليله لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا

فصل في الدين المشترك

أخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لأن المركب يتلو المفرد. قال: **(وإذا كان الدين بين الشريكين الخ)** إذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه، وإن شاء أخذ نصف الثوب من الشريك، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم أو شريكه القابض، وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما منه شيئاً فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما، لأنّ الدين ازداد خيراً بالقبض، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيضير

فصل في الدين المشترك

قوله: **(بنصفه)** أقول: يعني بنصف الدين قوله: **(إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه الخ)** أقول: إشارة إلى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار.

قال صاحب النهاية والإتقاني: الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار اهـ والظاهر من تقرير الكافي أنه استثناء من قوله إن شاء أخذ منه نصف الثوب فإنه قال: إذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء أخذ منه نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين وإن شاء اتبع غريمه بنصف الدين اهـ فتأمل في الترجيح. وفي الكافي: استثناء من قوله إن شاء أخذ نصف

على ملك القابض، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته، والدين المشترك يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك. إذا عرفنا هذا فنقول في مسألة الكتاب: له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة، وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك. قال: **(ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض)** لما قلنا **(ثم يرجعان على الغريم بالباقي)** لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة. قال: **(ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين)** لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كملاً، لأن مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة، فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرّر به فيتخير القابض كما ذكرنا، ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده والاستيفاء

عينه، ولما قال وقد قبضه بدلاً عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلاً عن المشترك بينهما، كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصوّر أن يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلاً عنه فتأمل. ثم إن هذا مخالف لما ذكر في شرح الأقطع في تعليل قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسألة الكتاب بأن قال: لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع، لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح، وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذه النصف دلالة على إجازة العقد فصح ذلك وجاز، فإن ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على

كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة في ذلك، فإن قيل: لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير إذن الآخر. أجاب بقوله لكنه: أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته، وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجباً بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك. وقيد الصفقة بالوحدة احترازاً عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتب عليه صكاً واحداً بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك. قال صاحب النهاية: ثم ينبغي أن لا يكتفي بقوله إذا كان صفقة واحدة، بل ينبغي أن يزاد على هذا ويقال: إذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفته، لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة، بدليل أن للمشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما، وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه، لأن بالتسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفاً، ولعل المصنف إنما ترك ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته. ولما فرغ من بيان الأصل قال: **(إذا عرفنا هذا)** ونزل عليه مسألة الكتاب هذا إذا كان صالح على شيء، ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض لما قلنا من الأصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم، لأنهما لما اشتركا

الثوب، فإن الشريك إذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة في الثوب، ويجوز أنه يكون من قوله إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه، فإن الشريك إذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه، والأحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار إلا إذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة اهـ قال المصنف: **(وله حق المشاركة)** أقول: الظاهر إسقاط لفظ الحق، فإن المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لاحقها.

بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين. وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه، فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن

الثوب سبيل لأن حقه في الدين انتهى. فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلاً من حقهما معا لا من حق القابض فقط قوله: (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر، وهو أن يقال: هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك، وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع؟ فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة، إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري، والإضافة إلى الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافي ذلك لأن النقود عيناً كانت أو ديناً لا تتعين في العقود، كذا في عامة الشروح. قال صاحب النهاية بعد ذلك: فإن قيل: في هذا الجواب ورود سؤال آخر، وهو أن قسمة الدين قبل القبض لا تصلح وفي المقاصة بدين خاص يلزم قسمة الدين قبل القبض. قلنا: قسمة الدين قبل القبض إنما لا تجوز قصداً، أما ضمناً فجائز، وهاهنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسألة الأولى في ضمن صحة المصالحة، انتهى كلامه. وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية. وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف عنه: وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى. أقول: في تحرير قول صاحب العناية قصور، فإنه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع أن ذلك التوهم إنما نشأ من المقاصة، إذ لو لم تتحقق المقاصة للزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضاً بناء على الاشتراك فيما أضيف إليه العقد من بعض الدين المشترك فلا تتوهم القسمة قبل القبض أصلاً، ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة. ثم أقول: لا احتياج عندي هاهنا إلى التشبث بجواع القسمة قبل القبض ضمناً، إذ لا وجه للتوهم المذكور أصلاً، لأنه إن لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمنه نصفه وهو ربع الدين، فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة أن لا سبيل لأحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة، لا يقال: تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم هاهنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير إلى أن يقال: قسمة الدين قبل القبض قصداً غير لازمة، وأما ضمناً فلازمة ولكنها جائزة لأنا نقول: تلك الضرورة ثابتة قطعاً في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية، فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمناً هاهنا واعترف بصحتها لزم أن لا يكون للشريك الساكت على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضاً فلزم أن لا يضمنه ربع الدين، وقد تقرر أن له أن يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصداً ولا ضمناً كما قررناه قوله: (وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا، لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه

في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة. قال: (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيراً بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح، لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملاً: أي من غير حطيطة وإغماض، لأن مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم الإغماض والحطيطة، بخلاف الصلح لأن مبناه على ذلك، فلو ألزمناه في

قوله: (أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول: فيه تأمل.

يشارك القابض لأنه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم، ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض، ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام، ولو أخّر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالإبراء المطلق، ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض، ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراها

حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول: فيه كلام، وهو أنه إن كان حق الشريك الساكت باقياً في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلاً غير معقول المعنى. ثم إن هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الأصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال: الأصل هنا أن الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فالمقبوض من النصيبين، لأنا لو جعلناه من نصيب أحدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة، وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز. والدليل على ذلك هو أن القسمة تمييز الحقوق، وذلك لا يتأتى فيما في الذمة، ولأن لقسمة فيها معنى التمليك لأن كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضاً عما له في يد الآخر، وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز، فإذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعاً فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل. قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله أن لا يشاركه لئلا ينقلب ماله ما عليه فإنه خلف باطل. أقول: فيه نظر، لأنه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلاً بل يتعين له عدم المشاركة، وهذا ظاهر لزوماً وبطلاناً قوله: **(ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض)** أقول: فيه شيء، وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز، وليس هاهنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع، اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة عقد أو شبيه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضاً قوله: **(ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض. ولقائل أن يقول: بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا؟ فإن تميز بطل قولكم، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا. والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه، فمعنى قوله لامتياز أحد النصيبين

الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير بقابض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمن له شريكه، وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده. فإن قيل: هب أنه ملكه بعقده أما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض؟ أجاب بقوله: **(والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين)** يعني أن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة، إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري، والإضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد إن تحققت لا تنافي ذلك، لأن النقود عيناً كانت أو ديناً لا تتعين في العقود. وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها، وأما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه **(وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا)** من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه **(لأن حقه في ذمة الغريم باق، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه)** لئلا ينقلب ماله عليه فإنه خلف باطل **(فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض)** في الفصول الثلاثة **(لأنه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم)** كما إذا مات المحال عليه مفلساً فإن المحتال يرجع على المحيل لذلك، وإذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل

شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض، وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، والتزوج به إتلاف في ظاهر الرواية، وكذا الصلح عليه من جناية العمد. قال: **(وإذا كان السلم**

لاستلزام التأخير الامتياز. فإن قيل: فقد جوّزوا إبراء أحدهما عن نصيبه، وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوباً وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك. وأجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين، وليس ذلك في صورة الإبراء بموجود فلا قسمة، إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب الثاني بحث، لأن عدم تحقق القسمة في صورة الإبراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني، لأن حاصله نقض ما ذكر في الجواب الأول بأن ذكر ما يوجب التمييز يتحقق في صورة الإبراء أيضاً، فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة لتأخير لاستلزامها في صورة الإبراء أيضاً، وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين، لأن القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلاً للتميز عن الآخر، وتمييز بعض الدين عن بعض غير متصوّر فلا قسمة في الدين لا في صورة الإبراء ولا في صورة التأخير، كيف ولو أمكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فإذا لم تتصوّر حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الإبراء ولا في صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر قوله: **(وكذا الصلح عليه عن جناية العمد)** قال في النهاية ومعراج الدراية: قيل إنما قيد بجناية العمد لأن في جناية الخطأ يرجع، ولكن ذكر في الإيضاح مطلقاً فقال: ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء، لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى. وقال في العناية بعد ذكر ما فيها: وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضياً لشيء انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه إن العاقلة لا تعقل صلحاً على ما سيجيء انتهى. أقول: هذا ساقط جداً، لأن العاقلة إنما لا تعقل الأرش الذي يجب الصلح وهو الذي يجيء في كتاب الديات، ولا يكون ذلك إلا في الصلح عن جناية العمد، وإنما مراد صاحب العناية هاهنا أن الأرش قد يلزم العاقلة بجناية الخطأ ثم يصالح عنه على مال أعطاه الجاني، ففي مثله إذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضياً لشيء، إذ

الدين المشترك فأقرّ بذلك لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على أن آخر الدينين قضاء عن أولهما، إذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه **(ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام)** حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهماً فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة **(ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف)** خلافاً لهما، قال صاحب النهاية: ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف، وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه إبراء مؤقتاً بالإبراء المطلق، وقالا: يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض، ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا، فإن تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا. والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه

قوله: **(والجواب عنه أن تأخير البعض فيه الخ)** أقول: اختيار للشق الثاني، ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى الدين قوله: **(فإن قيل فقد يجوز إبراء أحدهما الخ)** أقول: ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحيح الإبراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين في ذمته قبل الإبراء، وإلا فكيف تعلق الإبراء بنصيبه خاصة فليتأمل في جوابه قوله: **(وأجيب بأن القسمة تقتضي الخ)** أقول: ولو أجيب بأن المحال قسمة الدين في الذمة ولا يلزم ذلك في صورة الإبراء لم يحتج إلى ذلك التطويل قوله: **(لزم ما ذكرتم)** أقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين قوله: **(فلا نسلم أنها الخ)** أقول: لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه.

بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز الصلح) اعتباراً بسائر الديون. وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه. ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين،

الأرش لم يلزمه حتى يكون مقتضياً له بل قد لزم العاقلة فأين ما أراده مما أورده ذلك الرادّ. ثم أقول: بقي كلام فيما قاله صاحب العناية. أما أولاً فلأن القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كأحدهم على ما يجيء في كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضياً لشيء، إذ قد كان مقتضياً لقدر ما لزمه أن يؤديه مع العاقلة. وأما ثانياً فلان ما ذكره إنما يقتضي إطلاق الجناية لا تقييدها بالعمد، فإن المصالح إذا لم يكن مقتضياً لشيء لزم أن يرجع شريكه عليه كما في الصلح عن جناية العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل قوله: **(ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر)** يعني أنه لو جاز، فأما إن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين، فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تمييز إلا بالقسمة واللازم باطل، وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه. أقول: فيه نظر. أما أولاً فلأن هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جار فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلق الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف، وأما ثانياً فلأن قسمة الدين في الذمة إنما لا تجوز إذا كانت قصداً، وأما إذا كانت ضمناً فتجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل، وفي الشق الأول من الترديد المذكور إنما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم قوله: **(ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه)** قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة:

فيما يستحيل ذلك فيه، فمعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز. فإن قيل: فقد يجوز إبراء أحدهما عن نصيبه وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوباً وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك. أجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين، وليس ذلك في صورة الإبراء بموجود فلا قسمة. لا يقال: لو كان القسمة أمراً وجودياً لزم ما ذكرتم، وإنما هي رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما شئت فسمه وذلك عدمي، فلا نسلم أنها تقتضي وجود النصيبين. لأنا نقول: القسمة إفراز أحد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر، وذلك يقتضي وجودهما لا محالة، وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الأصلية **(ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراه شراء فاسداً فهلك في يده فهو قبض)** لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للأول، وكذا إذا استأجر من الغريم بنصيبه داراً وسكنها فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لأنه صار مقتضياً نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه، لأن ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالاً من كل وجه عند ورود العقد عليها **(وكذا الإحراق عند محمد خلافاً لأبي يوسف)** وصورته: ما إذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه وهو يساوي نصيب المحرق، وأما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فإن للشريك الساكت أن يتبع المحرق بالإجماع. لمحمد رحمه الله أن الإحراق إتلاف لمال مضمون فكان كالغصب، والمديون صار قاضياً لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضياً. ولأبي يوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض، لأن الإحراق إتلاف فكان هذا نظير الجناية، فإنه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيء، فكذا إذا جنى بالإحراق، وإذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لأنه لم يقبض من حصته شيئاً مضموناً يقبل الشركة فإنه يملك به البضع، وإنه ليس بمال متقوم ولا مضمون على أحد فكان كالجناية. وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لأن التزوّج وإن كان بالنصيب لفظاً فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للأول فيتحقق القضاء

قوله: **(فيتحقق القضاء والاقتضاء)** أقول: أي القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل قوله: **(لأن الأرش قد يلزم العاقلة الخ)** أقول: فيه أن العاقلة لا تعقل صلحاً على ما سيجيء.

وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه، ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه. قالوا: هذا إذا

واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه، فإذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه. وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه، بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه، لأن الديون تقضى بأمثالها، وفي السلم يكون فسخاً والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب، انتهى كلامه. أقول: لمعترض أن يعود ويقول هذا المعنى موجود أيضاً فيما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه، والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يتمشى فيه لأن الإقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب، ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعاً فينتقض الدليل المذكور بها. ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز

والاقتضاء، والصلح على نصيبه بجناية العمد إتلاف كالتزوّج به لأنه لم يقبض شيئاً قابلاً للشركة بل أتلف نصيبه. قيل وإنما قيد بقوله عمداً لأنه في الخطأ يرجع عليه، وأطلق في الإيضاح فقال: ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شيء لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح، وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضياً لشيء. قال: **(وإذا كان السلم بين شريكين الخ)** إذا أسلم رجلان رجلاً في كرّ حنطة فصالح أحدهما مع المسلم إليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد إلا بإجازة الآخر، فإن أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركاً بينهما وما بقي من السلم مشتركاً بينهما وإن لم يجزه فالصلح باطل. وقال أبو يوسف: جاز اعتباراً بسائر الديون، فإن أحد الدائنين إذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيراً بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه كذلك هاهنا **(وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه)** بجامع أن هذا الصلح **(إقالة وفسخ لعقد السلم)**. ولأبي حنيفة ومحمد وجهان: أحدهما أنه لو جاز فإما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين، فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز، ولا تمييز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها، وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه. وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره، بخلاف شراء العين فإنا إذا اخترنا فيه الشق الأول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة. واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم فيه يعني أن المسلم فيه في ذمة المسلم إليه إنما صار واجباً بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه. والثاني: أنه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من رأس المال لأن الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما، وإذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطاً بالصلح ثم عاد بعد سقوطه. واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه، فإذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه. وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه، بل يتقاصّان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه، لأن الديون تقضيبأمثالها وفي السلم يكون فسخاً والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب **(قالوا)** أي المتأخرون من مشايخنا **(هذا)** الاتلاف بين علمائنا إنما هو **(إذا خلطا رأس المال)** وعقدا عقد السلم، وأما إذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاتلاف أيضاً وهؤلاء نظروا إلى الوجه الأول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه، ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطاً أو غيره وقال آخرون: هو على الافاق في الجواز، وهؤلاء نظروا إلى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لأن ذلك باعتبار شركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال، ومنشأ اختلاف

قوله: **(رجع المصالح الخ)** أقول: إطلاق المصالح يجوز إلا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح.

خلطا رأس المال، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف، وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق.

لشاركه في المقبوض في صورة الإقامة في العين بناء على جواز تفرّد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف، بخلاف شراء العين، وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها، تأمل تقف.

المتأخرين في أن اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الإطلاق أن محمداً ذكر الاتلاف في البيوع مع ذكر الخلط، وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن ترك الذكر لأجل الاتفاق. وقيل وليس بسديد: لأن الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا أو لم يخلطا.

قوله: (وقيل ليس بسديد) أقول: القائل هو الخبازي نقلاً عن الأوضح.

فصل في التخارج

(وإذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً) لأنه أمكن تصحيحه بيعاً. وفيه أثر عثمان، فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن

فصل في التخارج

التخارج تفاعل من الخروج، ومعناه أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم، وإنما أخره لقلة وقوعه، إذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة قوله: **(وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار**[١]**)** قال في غاية البيان: والأصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن في الأصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس: أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث. وقال محمد أيضاً: حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أنه قال بتخارج أهل الميراث، وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار: أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث، وقد أثبت شمس الأئمة السرخسي وعلاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير تغيير، إلا أن شمس الأئمة السرخسي قال: وهي تماضر كان طلقها في مرضه، فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر، وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً من التركة فصالحوها على نصف

فصل في التخارج

التخارج تفاعل من الخروج، وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم. ووجه تأخيره قلة وقوعه، فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من البين بغير استيفاء حقه. وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به، وله شروط تذكر في أثناء الكلام، وتصوير المسألة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة. قال: **(وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهما الخ)** وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه حال كون التركة عقاراً أو عروضاً جاز قل ما أعطوه أو كثر، وقيد بذلك لأنها لو كانت من النقود كان هناك شرط سنذكره، وهذا لأنه أمكن تصحيحه بيعاً والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن، ولم يصح جعله إبراء لأن الإبراء من الأعيان غير المضمونة لا يصح. فإن قيل: لو كان بيعاً لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لأن جهالته تفسد البيع. أجيب بأن الجهالة المفضية إلى النزاع تفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع، وهذا لا يحتاج إلى تسليم فلا يفضي إلى المنازعة فصار كمن أقرّ أنه غصب من فلان شيئاً

فصل في التخارج

قوله: **(ووجه تأخيره قلة وقوعه)** أقول: ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت قوله: **(وقيد بذلك الخ)** أقول: أشار بقوله بذلك إلى قوله حال كون التركة عقاراً الخ قوله: **(صالحوها)** أقول: الضمير في قول صالحوها راجع إلى إحدى نساء قوله: **(وهي تماضر، إلى قوله: ولم يفسر ذلك في الكتاب)** أقول: هذا الكلام إلى قوله وثمانين ألف دينار، ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح المبسوط.

---

(١) موقوف حسن. لكن ليس فيه لفظ صالح. وإنما صوابه:
ورَّث. هكذا رواه غير واحد. وتفرد محمد بذلك كما يأتي فقد أخرجه ابن سعد في الطبقات ٨/ ٢١٩ عن الزهري عن طلحة بن عبد الله أن عثمان ورَّث تُماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن، وكان طلقها في مرضه تطليقة، وكما آخر طلاقها.
وروي من وجه آخر عن نافع وسعد بن إبراهيم قالا: فذكر بنحوه وفيه: ورَّث.
وأخرج البيهقي ٧/ ٣٦٢ من طريق الشافعي عن مالك عن الزهري عن طلحة بن عبد الله بن عوف. وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف به.
وإسناد جيد بمجموعة مشرقة. وكلهم يذكر لفظ: ورَّث.
تنبيه: ولفظ صالح روى محمد بن الحسن كما يأتي بعد أسطر لابن الهمام.

عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار. قال: **(وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك)** لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لأنه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفي بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وإن كان مقرّاً لا بد من تجديد القبض لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح **(وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير**

ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً. وقد روى محمد الألف مطلقاً ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير، وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة، ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات. وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين، وفسر الثمانين بالدينار. إلى هنا لفظ غاية البيان، وهذا بسط ما ذكر في جملة الشروح هاهنا غير أنه ذكر في سائر الشروح أنه ذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار قوله: **(وإن كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا)** أما إذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض، وكذلك إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض، فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين للزوم الربا، ولا يصح تجويزه بطريق الإبراء عن الباقي أيضاً لأن التركة عين والإبراء عن الأعيان باطل، كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب. أقول: عدم صحة تجويز ذلك بطريق الإبراء عن الباقي منظور فيه عندي، لأن الإبراء عن نفس الأعيان وإن كان باطلاً إلا أن البراءة عن دعوى الأعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب. فلم لا يصلح تجويز الصلح على الأقل أو المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن. فإن قلت: قد مرّ في الكتاب أنه لو ادعى داراً فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسألة، فإذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح

واشتراه من المقرّ له جاز وإن لم يعلما مقداره. وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان. وهو ما روى محمد ابن الحسن عمن حدّثه عن عمرو بن دينار إن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه، ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً ولم يفسر ذلك في الكتاب. وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار، وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو بالعكس جاز لأنه بيع الجنس، بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفاً غير أن الوارث الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً لكونها في يده يكتفي بذلك القبض: أي القبض السابق لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح، والأصل في ذلك أنه متى تجانس القبضان بأن يكون قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر، أما إذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس. فأما إذا كان الذي في يده

وأراد بالكتاب المبسوط. وإنما كتبت هذا لئلا يتوهم أن المراد بالكتاب الهداية، ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعله البعض؛ ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه قال المصنف: **(وإذا كان في التركة، إلى قوله: فالصلح باطل)** أقول: قال الكاكي: أي في الكل في العين والدين، أما في الدين فلكونه يملك الدين من غير من عليه الدين، وأما في العين فلاتحاد الصفقة. وفي مبسوط شيخ الإسلام: وهذه المسألة ترد نقضاً على أبي يوسف ومحمد فيما إذا سلم حنطة في شعير أو زيت حيث قالا: يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير، وهاهنا أفسد الكل، وهذا مما يحفظ. وفي الكافي: قيل هذا عند أبي حنيفة، وأما عندهما يبقى العقد صحيحاً فيما وراء الدين، وقيل هو قول الكل، والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد انتهى.

ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازاً عن الربا، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر، ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا، ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف. قال: **(وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين له فالصلح باطل)** لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح **(وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز)** لأنه إسقاط وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز، وهذه حيلة.

هاهنا. قلت: قد مرّ أيضاً في الشروح هناك أن ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية، وأما في ظاهر الرواية فإنه يصح. وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان أيضاً اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب الدعوى صحيح وإن كان الإبراء عن العين لا يصح. وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب، فيرد عليه ما أوردناه من النظر كما لا يخفى. قال الحاكم أبو الفضل: إنما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق، وأما حالة المناكرة فالصلح جائز لأن الإمام المناكرة المعطى يعطي المال لقطع المنازعة ويفدي به يمينه فلا يتمكن الربا، كذا في الذخيرة والتتمة، ونقل عنهما في النهاية ومعراج الدراية. وقال الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: قال أبو الفضل: يعني الحاكم الشهيد: إنما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من العين في حالة التصادق، أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لأنه إن لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه إسقاطاً. ثم قال الإمام الإسبيجابي: والصحيح أنه باطل في الوجهين لأنه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا انتهى. وهكذا نقل عنه في غاية البيان. وقال الإمام فخر الدين قاضيخان في فتاواه: قال الحاكم الشهيد: إنما يبطل لصلح على أقل من حصتها من مال الربا في حالة التصادق، أما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح، ووجه ذلك أن في حالة الإنكار ما يؤخذ لا يكون بدلاً لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه. أقول: في الوجه الذي ذكره قاضيخان إشكال، لأن عدم كون المأخوذ بدلاً في حق الدافع ظاهر مسلم، وأما عدم كون ذلك بدلاً في حق الآخذ فممنوع. فإن قلت: إنما لا يكون المأخوذ بدلاً في حق الآخذ أيضاً لإمكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على أخذ عين الحق في قدر المأخوذ وإسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه. قلت:

بقيتها مقرّاً فإنه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء إلى مكان يتمكن من قبضه لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح **(وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد النقدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة)** فإن كان مساوياً لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا، أما إذا كان مساوياً فلزيادة العروض وإذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم، وإن كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة، ولا يصح بطريق الإبراء أيضاً لما مر، ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر. وقيل ببطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصادق، أما إذا ادعت ميراث زوجها وأنكر الورثة الزوجية فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز، لأن المدفوع إليها حينئذ لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس ذلك ربا **(ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً)** قل أو كثر وجد التقابض في المجلس أو لا،

فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الإسلام خواهر زاده فليتأمل. ثم إن عبارة المصالح في قول المصنف على أن يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل.

الجواز، وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرّعين، وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة. والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين. ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء، ولو لم يكن في التركة دين

الكلام في الصلح عن أعيان التركة والإبراء عن الأعيان باطل على ما صرحوا به، فلو أمكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق وإسقاط بعضه الآخر لأمكن تصحيحه في حالة التصادق أيضاً بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعاً، وقد أجمعوا على عدم إمكان تصحيحه أصلاً في حالة التصادق. نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بأنه لم يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالتين معاً بحمله على البراءة من دعوى الباقي من أعيان التركة لا عن نفس تلك الأعيان، والباطل هو الثاني دون الأول كما قررناه من قبل قوله: (وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة)لعدم رجوعهم على الغرماء، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة. وقالوا في سائر الشروح: أما في الوجه الأول فإن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء، وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى. قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الأول عن الكفاية: هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية إذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى.
أقول: قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد، وقد يكون في نقده وتعجيله بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب إعطائه عاجلاً عليه، وهذا لا ينافي أن يأخذ عينه أو بدله في الآجل، فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني متبرعين محتملاً لكل واحدة من صورتي التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الأولى لتبادرها، ففسر ضرر بقية الورثة في الوجهين معاً بعدم رجوعهم على الغرماء، وحمله أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر في الصورة الأولى، ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين، فقول ذلك القائل في الردّ عليهم، إذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع. واعلم أن صدر الشريعة حمل هذا الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال: والثانية أن بقية الورثة يؤدون إلى المصالح نصيبه نقداً ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء، وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لأن النقد خير من الدين انتهى. ولكن خالف في توجيه الوجه الأول صاحب الهداية وشراح كتابه قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال: الحيلة الأولى أن يشترطوا أن يبرىء المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال، وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لأن المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لا أن حصته تصير لهم، انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأن ما ذكره إنما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة.
فإن قيل: إذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة. قلنا: إن حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصة المصالح لا تضير لهم، فقوله لا أن حصته تصير لهم حجة عليه لا له فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة. ثم إن صاحب الإصلاح

ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلافه كما في البيع، لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفاً. قال: **(وإذا كان في التركة دين على الناس الخ)** وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعاً، أما في الدين فلأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح، وأما في العين فلاتحاد الصفقة. والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فإنه إسقاط أو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز

قال المصنف: **(وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة)** أقول: قال في الكفاية: لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى. هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم بالنسيئة في الصورة الثانية، إذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل قوله: **(وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم)** أقول: فيه بحث.

وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون، قيل لا يجوز لاحتمال الربا، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة، ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعاً إذ المصالح عنه عين.

والإيضاح زاد في الطنبور نغمة حيث قال في هذا المقام: وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح، ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع. وقال في حاشيته: فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى. أقول: فيه أيضاً بحث، إذ لا يخفى على الفطن أن عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا ينجبر بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فإن النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديه إلى سهولة أداء الغرماء حصص باقي الورثة فأين هذا من ذاك؟ فالحق ما ذكره صاحب الهداية قوله: **(ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا)** بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل، وهكذا في الذخيرة أيضاً. أقول: فيه خلل لأن نصيبه من ذلك إذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا، إذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح، ويكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب، كما إذا كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا. فالحق في البيان هاهنا أن يقال بأن كان في التركة مكيل أو موزون، ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر، ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل، لأن ما زاد على بدل الصلح أقل من نصيب المصالح يكون ربا انتهى. فإنه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون، وكأن صاحب الكافي تنبه أيضاً لما ذكرناه من الخلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل: لاحتمال أن يكون في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية، ولكن الأوجه أن يزاد عليه قيد أو أكثر كما نبهنا عليه آنفاً لأن فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى قوله: **(وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة)** لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة، كذا في العناية، وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح. وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية: فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل، فيه بحث. أقول: لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذه لا يلزم الربا لما بيناه فيما مر فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا، لكنه ساقط هاهنا لأن مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا إلا أنه على كل تقدير يلزم الربا فإنهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد، ألا ترى إلى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس، فإن هذا الاحتمال احتمال جانب

(وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين، وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أما في الوجه الأول فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء، وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة **(والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا)** وهو قول الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل **(وقيل يجوز)** وهو قول

والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة، وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يتملكها الوارث، وإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت، ولو فعلوا قالوا يجوز. وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً.

الصحة قطعاً. كيف ولو كان الاحتمال مقصوراً على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلاً عن شبهة شبهته تأمل تقف. ثم اعلم أن صاحب الإصلاح والإيضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسألة على ما ذكر في الكتاب قال: ولقائل أن يقول: حق الجواب التفصيل بأن يقال إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وإن يكن يجوز وإن لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه. أقول فيه نظر، أما أولاً فلأنه لا احتياج هاهنا إلى ما ذكره من التفصيل أصلاً، إذ الشقان الأولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسألتين المذكورتين سابقاً على الاستقلال: إحداهما قوله وإن كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ، وأخراهما قوله في أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثير. وأما ثانياً فلأن التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لأن قوله إن كان في التركة قدراً من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعاً كما مفصلاً ومدللاً، وكذا إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً يجوز الصلح قطعاً كما مر أيضاً مستوفوى. وأما ثالثاً فلأن مسألتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جداً، إذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة، فإن عبارة هذا الكتاب في هذه المسألة هكذا، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون، قيل لا يجوز، وقيل يجوز. وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك في هذا القائل في هذه المسألة هكذا. وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل أو موزون اختلاف انتهى. فكيف يتصوّر في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة، فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتبرة عامة.

الفقيه أبي جعفر لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس، وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة **(ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة)** فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك **(قيل لا يجوز لكونه بيعاً)** إذ لا يصح أن يكون إبراء **(لأن المصالح عنه عين)** والإبراء عن العين لا يجوز، وإذا كان بيعاً كانت الجهالة مانعة **(وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست بمفضية إلى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة)** فما ثمة احتياج إلى التسليم حتى يفضي إلى النزاع، حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه إلى ذلك، وإن كان على الميت دين فإما أن يكون مستغرقاً أو غيره؛ ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يتملك التركة، وفي الثاني لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت، ولو فعلوا قالوا يجوز. وأما القسمة فقد قال الكرخي إنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً. وجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث، إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه. ووجه القياس أن التركة لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نفياً للضرر عن الورثة، والله أعلم.

قوله: **(أكثر مما أخذ أو أقل)** أقول: فيه بحث.

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض؛ سمي بها لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله، وهي مشروعة للحاجة إليها، فإن الناس بين غنيّ بالمال غبيّ عن التصرف فيه، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه، فمست

كتاب المضاربة

قد مرّ وجه المناسبة في أول كتاب الإقرار. والمضاربة في اللغة: مفاعلة، من ضرب الأرض إذا سار فيها، قال الله تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ [المزمل: ٢٠]. يعني الذين يسافرون في الأرض للتجارة، وسمى هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالباً طلباً للربح. وفي الشريعة: عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتي في الكتاب. وقال صاحب النهاية: ومن يحذو: هي حذوه في الشريعة عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا. أقول: فيه فتور، إذ الظاهر أن المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور، بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه. وركنها الإيجاب والقبول بألفاظ تدل عليها، مثل أن يقول ربّ المال دفعت هذا إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أنّ ما رزق الله فهو بيننا على كذا، ويقول المضارب قبلت أو ما يؤدي هذا المعنى. وشروطها كثيرة تذكر في أثناء المسائل. قال في العناية: وشروطها نوعان: صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته، وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذكر ذلك ا هـ. أقول: فيه قصور، لأن الشروط الفاسدة أيضاً نوعان: نوع يفسد العقد أيضاً، ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحاً نص عليه هاهنا في النهاية، وسيأتي التصريح به في الكتاب أيضاً. وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة. وحكمها: الإيداع والوكالة والشركة بحسب الأوقات كما أشير إليه في المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية. قال في العناية: وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح. أقول: فيه خلل، أما أولاً فلأن حكمها عند الدفع هو الإيداع، وإنما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعتبرات حتى المتون، ألا ترى إلى ما قال في الوقاية: وهي إيداع أولاً وتوكيل عند عمله وشركة إن ربح. وأما ثانياً فلأنه لم يذكر الإيداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضاً يثبت بها أوّلاً على ما صرح به في عامة الكتب. وقال في الكافي والكفاية: وحكمها أنواع: إيداع ووكالة وشركة وإجارة وغصب. أقول: فيه أيضاً خلل، لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة، ومعنى الغصب إنما يتحقق إذا خالف المضارب فكان متعدياً كما سيأتي، وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن تجعل الإجارة والغصب حكماً من أحكامها، وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت ثمناً فيه لا يثبت به قطعاً لا يقال: إن الإجارة والغصب وإن لم يصلحا أن يجعلا حكماً للمضاربة الصحيحة إلا أنهما يصلحان أن يجعلا حكماً للمضاربة الفاسدة: فمن أدرجهما في أحكام المضاربة يريد

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا يحتاج إلى الإعادة والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض؛ وسمي هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالباً طلباً للربح قال الله تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ وفي الاصطلاح: دفع المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا (ومشروعيتها للحاجة إليها فإن الناس

كتاب المضاربة

قوله: (وفي الاصطلاح دفع المال إلى من يتصرف فيه) أقول: فيه مسامحة فإنها في الاصطلاح هي العقد المخصوص قوله: (وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول: لعل المراد الألفاظ المستعملة قوله: (وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح)

الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغنيّ والذكيّ والفقير والغنيّ. وبعث النبي ﷺ والناس يباشرونه فقررهم عليه[1] وتعاملت به الصحابة[2]، ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة، وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه، وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله، فإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله، وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه

بأحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة. لأنا نقول: لا شك أن ما ذكره في قرائنها من ركنها وشرطها وغيرهما إنما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير، ففي أحكامها أيضاً لا بد أن يكون كذلك. ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة أيضاً في الأحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضاً لأن حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضاً فيما سيجيء أن يكون للعامل مثل أجر عمله، ولا شك أن ليس للغاصب أجر قط لكونه متعدياً فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة في شيء قوله: **(لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله)** قال الشارح العيني: فيه مناقشة، لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئاً اهـ. أقول: ليس هذا بشيء لأن الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية، والمعنى أن المضارب يستحق الربح بسبب سعيه، ووظيفة السبب مجرد الإيصال والإفضاء إلى المسبب في الجملة لا التأثير فيه، وإنما التأثير وظيفة العلة، وقد عرف ذلك كله في الأصول فتخلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور أصلاً قوله: **(ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة)** قال صاحب النهاية في البيان التعليل: أي لأن عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والإجارة كما عرف، وكل واحد منهما يقبل الإضافة

بين غنيّ بالمال غبيّ عن التصرف فيه، وبين مهتد في التصرف صفر اليد) أي خالي اليد عن المال فكان في مشروعيتها انتظام مصلحة الغبيّ والذكيّ والفقير والغنيّ، وفي الحقيقة راجع إلى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها. وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل: دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال أو اعمل به على أن ما رزق الله فكذا. وشروطها نوعان: صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته، وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذكر ذلك. وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح قوله: **(وبعث النبيّ ﷺ)** بيان أن ثبوتها بالنسبة والإجماع، فإنه ﷺ بعث **(والناس يباشرونه فقررهم)** على ما روي أن العباس بن عبد المطلب كان إذا دفع مضاربة شرط على

أقول: قال صاحب الكافي: المضارب أمين أولاً لأنه قبض المال بإذن مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه بدلاً، وبخلاف الرهن لأنه قبضه وثيقة، وعند الشروع في العمل وكيل لأنه يتصرف فيه له بأمره حتى يرجع لما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى.

---

(١) بيّض له الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١١٣ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٨١: لم أجده.

(٢) موقوف. قد روى مالك في الموطأ ٢/ ٦٨٧ والدارقطني ٣/ ٦٣ كلاهما عن عبد الله بن زيد بن أسلم عن أبيه عن جده.

خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلمّا مرّا على أبي موسى الأشعريّ، وهو أمير البصرة، فرحّب بهما وسهّل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى هاهنا مالاً ومن مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون الربح لكما، فقالا: وددنا ذلك ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكلُّ الجيش أسلفه مثل أسلفكما؟ قالا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله، فسكت وأما عبيد الله، فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال، أو هلك لضمناه، فقال عمر: أدياه. فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، فقال عمر: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر رأس المال، ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال وورد في ذلك آثاراً منها ما أخرجه البيهقي ٦/ ١١١ أن ابن عمر كان يزكي مال اليتيم، ويعطيه مضاربة وأخرج مالك في الموطأ باب القراض عن يعقوب الجهني أنه عمل في مالٍ لعثمان على أن الربح بينهما. وكذا رواه البيهقي ٦/ ١١١.

على مال غيره. قال: (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها؛ ألا ترى أن الربح لو شرط كله لربّ المال كان بضاعة، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً. قال: (ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل، ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز له لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل

إلى زمان في المستقبل، فيجب أن يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلاً للإضافة إلى زمان في المستقبل أيضاً لئلا يخالف الكل الجزء اهـ. واقتفى أثره صاحب العناية في هذا البيان غير أنه قال: والإجارة بالراء والإجازة بالزاي. أقول: فيه بحث، أما أوّلاً فلأن المضاربة ما لم تفسد لم تصر إجارة بالراء كما صرحوا به ومرّ في الكتاب آنفاً، والمدعي هاهنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة، والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الإجارة بالراء أصلاً بل تنافيها قطعاً فلا معنى لدرجها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المزبورة. وأما ثانياً فلأن لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع، فإنا نعلم قطعاً مخالفة الكل لأجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الأحكام، ألا يرى أن الواحد جزء من الاثنين والأول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد إلى غير ذلك من المخالفات البينة، على أن المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والإجارة أيضاً متحققة قطعاً في كثير من الأحكام: منها أن الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع ربّ المال، وأن الأجير يستحق الأجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس إلى غير ذلك. وأما ثالثاً فلأن الوكالة والإجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة. أما الوكالة فلأنهم اتفقوا على أنها حكم من أحكام المضاربة، ولا شك أن حكم الشيء خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه، وأما الإجارة فلأنها أيضاً حكم من أحكامها على ما ذكره البعض وشيء مناف لصحتها مضاد لها على مقتضى التحقيق كما مر، وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها، فحديث الجزئية في تمشية التعليل المزبور مما لا وجه له، ولم أر أحداً حام حوله سوى الشارحين المذكورين، فالوجه في تمشية ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال: لأنه لم يضف المضاربة إلى العرض، وإنما أضاف إلى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به، والإضافة إلى زمان في المستقبل يجوز لأنه وكالة أو وديعة أو إجارة، وليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الإضافة إلى زمان في المستقبل اهـ. نعم فيه أيضاً شيء مما مرّ، وهو أن المضاربة إجارة بعد فسادها لا في حال صحتها، فلا معنى لدرج الإجارة في تعليل صحتها في الصورة المزبورة، اللهم إلا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة، كأنه قيل: ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الإضافة إلى زمان في المستقبل لا في حال صحته ولا بعد فساده فتأمل. ثم أقول: بقي لي بحث قويّ في هذا المقام، وهو أنهم اتفقوا على أن المضاربة إيداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح، وقد صرحوا في محله بأن ما لا يصح إضافته إلى زمان في المستقبل تسعة وعدّوا منها الشركة، فإذا لم تصح إضافة الشركة إلى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الإضافة إلى ذلك وهو الشركة، فينبغي أن لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع، إذ لا ريب أن ارتفاع منع أمور لا يجدي عند تحقق مانع آخر قوله: (لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مرّ في البيوع)

المضارب أن لا يسلك به بحراً وأن لا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطب، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ رسول الله ﷺ فاستحسنه. وتقرير النبيّ ﷺ أمراً يعاينه من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير نكير فكان إجماعاً. قال: (ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده الخ) المدفوع إلى المضارب من المال أمانة في يده لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه

هذا يخالف ما في الشرح من أنه وكيل عند الدفع فليتأمل قوله: (لئلا يخالف الكل الجزء) أقول: قد سبق في كتاب الوكالة أن الأصل في المضاربة العموم وفي الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل الجزء قوله: (وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري) أقول:

وإجارة فلا مانع من الصحة، وكذا إذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا، بخلاف ما إذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع. وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للآمر فيصير مضاربة بالعرض. قال: **(ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسماة)** من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة. قال: **(فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله)** لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر

وإذا لم يصح هذا التوكيل كان للمشتري والدين بحاله، فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح، كذا في العناية والنهاية. قال بعض الفضلاء: الأظهر أن يقال: إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة، لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اهـ. أقول: قد مر بنا أن حديث كون الوكالة جزءاً من المضاربة ليس بصحيح، فإنهم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لأن تكون جزءاً منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذاك التوكيل عند أبي حنيفة من المصير إلى ما ذكره صاحب العناية والنهاية. نعم إنهما قالا أيضاً بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا في ترك ذلك هاهنا قوله: **(فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله)** ذهب عامة الشراح إلى أن هذا تفسير للمسألة المتقدمة، والفاء في قوله فإن شرط للتفسير وزيادة عشرة: أي على ما شرطا كالنصف والثلث فله: أي فللعامل. أقول: فيه نظر، لأن هذه المسألة التي هي مسألة الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسيراً للمسألة المتقدمة التي هي مسألة مختصر القدوري لوجهين: أحدهما أن المسألة الأولى أعم من المسألة الثانية، لأن اشتراط دراهم مسماة لأحدهما يتمشى في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما: منها أن شرطا أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر، ومنها إن شرطا لأحدهما نصف الربح أو ثلثه إلا عشرة دراهم، ومنها أن شرطاً لأحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة، وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لأنه ربما لا يربح إلا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به. وأما اشتراط زيادة عشرة فإنما يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الأخص مفسراً للأعم. وثانيهما أن حكم المسألة الأولى فساد عقد المضاربة باشتراط

البدل كالمقبوض على سوم الشراء، ولا على وجه الوثيقة كالرهن، وكل مقبوض كذلك فهو أمانة، ومع ذلك فهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه، فإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله وهو شائع فيشركه، وإذا فسدت ظهرت الإجارة لأن المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالأجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الإجارة إذا فسدت، ويجب أجر المثل، وذلك إنما يكون في الإجارات، وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره. قال: **(المضاربة عقد على الشركة الخ)** هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح، وكان فيه نوع خفاء لأنه قال: عقد على الشركة، ولم يعلم أن الشركة فيما ذا؟ ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح لا في رأس المال مع الربح: أي لأن رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب ربّ المال والعمل من جانب المضارب، ولا مضاربة بدونها: أي بدون الشركة إشارة إلى انتفاء العقد بانتفائها لأن المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة؛ ألا ترى أن الربح لو شرط كله لربّ المال كان بضاعة، ولو شرط للمضارب كان قرضاً، ولا تصح المضاربة إلا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف، أو فلوساً رائجة عند محمد وبما سواها لا تجوز، وقد تقدم في كتاب الشركة. ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز، لأن عقد المضاربة يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة: يعني

والأظهر أن يقال: إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل قوله: **(ثم فسر ذلك بقوله فإن شرط الخ)** أقول: فيه إشارة إلى أن الفاء تفسيرية.

فتنقطع الشركة في الربح، وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضاً ولم ينل لفساده، والربح لربّ المال لأنه نماء ملكه، وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافاً لمحمد كما بينا في الشركة، ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد. وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة، ولأنه عين مستأجرة في يده، وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال

دراهم مسماة لأحدهما، وحكم المسألة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المتخالفين في الحكم مفسراً للآخر. فالحق عندي أن الفاء في قوله فإن شرط زيادة عشرة للتفريع، والمقصود بالمسألة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لأحد المتعاقدين، وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال: إذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسمّاة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل، إلا أنه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها. ومن عادة المصنف أن لا يغير المسألة التي أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدوري، ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بأن قال بعد تعليل المسألة: وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة قوله: **(وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها)** فإن قلت: ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي لأبي يوسف رحمه الله، فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبداً من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد؟ قلت: جوابه هو أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة، والمضاربة الفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل، وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل، كذا في النهاية والعناية، وعزاه صاحب العناية إلى المبسوط. أقول: مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الأحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلاً بما نحن فيه حيث قال: والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة. نعم يمكن إثبات ذلك الحكم بدليل آخر مآله

أنه مشتمل على التوكيل، والإجارة بالراء والإجازة بالزاي، وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة، وكذا إذا قال للمضارب اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا إنه يقبل الإضافة، بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فإنه لا تجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج، أما عند أبي حنيفة فلأن هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع: أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال: ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد الخ، وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله، وإذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح، وأما عندهما فلأن التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز. قال: **(ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً الخ)** ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعاً، ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها، والمنافي لشرط جواز الشيء مناف له، وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى العدم، ثم فسر ذلك بقوله: **(فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لأنه ربما**

قوله: **(والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة)** أقول: في القاموس وراء مثلثة الآخر مبنية والوراء مهموز لا معتل ووهم الجوهري ويكون خلف وأمام ضد ويؤنث انتهى. فوراء هاهنا بمعنى القدام، والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لأحدهما من الثلث والنصف إذ العشرة زيادة على ما شرط من الشركة في الربح قوله» **(لأن ذلك تغيير المشروع)** أقول: أي شرط العشرة.

مقصوده، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب. قال: (ولا

إلى اعتبارها بالإجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضاً بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده، لكن الكلام في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلاً مستقلاً عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فتأمل. ثم إن بعض الفضلاء ردّ على صاحب العناية في قوله وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة. أقول: إنما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والإجارة معاً، وأما إذا كان مراده بذلك أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الإجارة بعد فساد فلا مخالفة بين كلاميه، والظاهر هو الثاني لكونه موافقاً لما صرحوا به قوله: (ولأنه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ: عين مستأجر: يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الوحد، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له، أو هو من قبيل: سيل مفعم، ولعل هذا أولى انتهى. أقول: فيه أن قولهم سيل مفعم مما بني للمفعول وأسند للفاعل، إذ المفعم اسم مفعول من أفعمت الإناء ملأته، وقد أسند إلى الفاعل لأن السيل هو المالىء لا المملوء، بخلاف من نحن فيه فإن رأس المال ليس بفاعل للاستئجار قطعاً كما أنه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذاك، اللهم إلا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الإسناد المجازي مطلقاً لا أنه من قبيل خصوص الإسناد الواقع فيه، فحينئذ يجوز كما أشار إليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال: المستأجر في الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمى العين مستأجراً لعمل المضارب فيه ا هـ. ثم إن جماعة من الشراح قالوا: وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث إنه أجير لا يمكن له أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لآخر. وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك: لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد، كما لا يمكن لأجير الوحد أن يؤجر

لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا) أي وجوب أجر المثل (لأنه) عمل لربّ المال بالعقد و (ابتغى به عن منافعه عوضاً ولم ينله لفساد العقد) ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك في الربح (لكونه لربّ المال لأنه نماء ملكه) فتعين أجر المثل، وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة (ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف) قيل: والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة، لأن ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يجب) بالغاً ما بلغ (كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأنه أجير، وأجرة الأجير تجب بتسليم المنافع) كما في أجير الوحد فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه (أو) بتسليم (العمل) كما في الأجير المشترك (وقد وجد) ذلك (وعن أبي يوسف لا يجب) له شيء إذا لم يربح (اعتباراً بالمضاربة الصحيحة) فإنه فيها إذا لم يربح لا يستحق شيئاً (مع أنها فوق الفاسدة) ففي الفاسدة أولى. فإن قيل: ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوي العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد. أجيب أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع، وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة، والفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل، وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين: أحدهما الاعتبار بالصحيحة، والثاني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره، ولا يضمن كأجير الوحد، وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث إنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر،

قوله: (تنعقد شركة لا إجارة) أقول: يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة فليتأمل قوله: (والثاني أن رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول: فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى قوله: (وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب) أقول: في وجه الإشارة خفاء لا يخفى فليتأمل قوله: (لأن العين الواحد الخ).

بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لربّ المال فيه) لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه، وهذا

نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد انتهى. أقول: فيه بحث، لأنه إن أريد بالعين الواحد في قولهما لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم أن نفسه لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجرين في الوقت الواحد، لأن الإجارة إذا كانت عقداً على العمل لا على المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجراً لكثير من المستأجرين في وقت واحد كالقصار وراعي الغنم للعامة ونحوهما من الأجير المشترك لإمكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت، وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجراً لأكثر من واحد، بخلاف أجير الوحد فإن الإجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لآخر في الوقت الواحد كما تقرر في محله، وإن أريد بالعين الواحد في قولهما المزبور رأس المال

لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الواحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد، وهذا قول أبي جعفر الهندواني. وقيل المذكور هاهنا قول أبي حنيفة، وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه، وهذا قول الطحاوي، وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد، والأجير المشترك لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافاً لهما. قال الإمام الإسبيجابي في شرح الكافي: والأصح أنه لا ضمان على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت أو فسدت أمانة، لأنه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أميناً وله ولاية جعله أميناً. ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال: **(وكل شرط يوجب جهالة في الربح)** كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرطاً أن يدفع المضارب داره إلى ربّ المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها **(فإنه يفسد العقد لاختلال مقصوده)** وهو الربح، وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصة العمل مجهولة **(وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على ربّ المال)** أو عليهما. والوضيعة اسم لجزء هالك من المال، ولا يجوز أن يلزم غير ربّ المال، ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة. قيل شرط العمل على ربّ المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة. والجواب أنه قال: وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها: أي المضاربة، وإذا شرط العمل على ربّ المال فليس ذلك بمضاربة، وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير، وقوله بعد هذا بخطوط: وشرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه. قال: **(ولا بد ن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب الخ)** لا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لربّ المال فيه بتصرف أو عمل، لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة، وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب، فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص. وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود، وسواء كان ربّ المال عاقداً أو غير عاقد كالصغير إذا دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز، لأن يد المالك ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وإن لم

أقول: فيه تأمل قوله: **(وكانت حصة العمل مجهولة)** أقول: فإن قيل: هذه جهالة لا تفضي إلى النزاع فينبغي أن لا تكون مفسدة. قلنا: لعل إفسادها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح إلا قدر أجرة الدار والأرض فلا توجد الشركة فيه إذ لم يتعين أنه أجرة الدار وحصة من الربح، فهذا معنى قوله فيكون حصة العمل مجهولة فليتأمل قوله: **(والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة)** أقول: فيه بحث، فإن هذا الكلام وإن كان صحيحاً في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام، لأن المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى صحيحة ويفسد الشرط فليتدبر.

بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر، فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه. أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة، وشرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقداً، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون، بخلاف الأب والوصيّ لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما

فمسلم أن ذلك لا يتصوّر أن يكون مستأجراً للمستأجرين في وقت واحد: أي أن يكون في يد كل واحد منهما يعملان به في وقت واحد، ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الوحد لجريان هذا المعنى في كل أجير مشترك، فإن ما يعمل به من الأعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب قوله: **(وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب)** قال في النهاية: فإن قلت: هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله: وشرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد، فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لأن هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة، وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا تفسد المضاربة لأنه غير الذي يوجب جهالة في الربح. قلت: نعم كذلك إلا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد، وأما إذا كان شرطاً يمنع موجب العقد يفسد العقد لأن العقد إنما شرع لإثبات موجبه انتهى. أقول: هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلاً لأن كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسداً لما هو المقصود في المقام، إذ المقصود هاهنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة، فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجاً عن قسمي هذا الأصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود. وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور

يكن عاقداً، وإذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فإما أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أو لا، فإن كان الأول كالأب والوصيّ إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالأجنبي، فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزاً، وإن كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت، لأنه وإن لم يكن مالكاً ولكن يد تصرفه ثابتة فتنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعاً عن صحة المضاربة، والله أعلم. قال: **(وإذا صحت المضاربة مطلقة الخ)** المراد بالمطلق ما لا يكون مقيداً بزمان ولا مكان نحو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك، فيجوز للمضارب أن يبيع نقداً ونسيئة ويشتري ما بدا له من سائر التجارات، لأن المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل إلا بالتجارة، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنع التجار لكونه مفضياً إلى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لأنها من صنيعهم ويسافر، لأن المسافرة أيضاً من صنيعهم، ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك. وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر، وعنه وعن أبي حنيفة أنه إن دفع إليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة، وإن دفع إليه في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب، إذ الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع، فلما أعطاه عالماً بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه، فظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة: يعني أنها من صنع التجار **(ولا يجوز للمضارب أن يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله)** ولا يرد

بجزء من المال. قال: **(وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع)** لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة، فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار، والتوكيل من صنيعهم، وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة؛ ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى، كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة في الأرض وهو السير. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر. وعنه وعن أبي حنيفة رحمهما الله أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب، والظاهر ما ذكر في الكتاب قال: **(ولا يضارب إلا أن يأذن له ربّ المال أو يقول له اعمل برأيك)** لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوّة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك

بوجه آخر حيث قال: قيل شرط العمل على ربّ المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة. والجواب أنه قال: وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها: أي المضاربة، وإذا شرط العمل على ربّ المال فليس ذلك بمضاربة، وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير، وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على ربّ المال مفسد لعقد معناه مانع عن تحققه، انتهى كلامه. أقول: مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسداً في نفسه إلا أنه مفسد لمعنى المقام، لأن معنى القسم الثاني من الأصل المذكور على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط، وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضعية على المضارب، فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة، وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضاً حيث قال أوّلاً: ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال: وكل شرط يوجب جهالة في الربح الخ، ولا شك أن المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى قوله: **(وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع)** فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة هاهنا بأن لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان. أقول: هذا تقصير منهم جداً، لأنها إذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما

جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فإنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً، وليس للمودع والوكيل والإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره، والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها **(بخلاف الإيداع والإبضاع لأنهما دونه فيتضمنهما، وبخلاف الإقراض فإنه لا يملك به، وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه لكونه تبرعاً كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة على القرض، أما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول)** يعني قوله اعمل برأيك. فإن قيل: إذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعذرت جهة الجواز فينبغي أن يترجح على جهة العدم. أجيب بأن كلا من جهتي الجواز والعدم صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها كما عرف **(وإن خص له ربّ المال التصرف في بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل)** والتوكيل في شيء معين يختص به **(وفي التخصيص)** في بلد بعينه **(فائدة)** من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الأسعار باختلاف البلدان، وفي عدم استحقاق النفقة

قوله: **(لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل)** أقول: بخلاف المأذون لأن الثابت بالإذن فك الحجر ثم العبد بعد ذلك يتصرف حكم المالية الأصلية، ولما كان كذلك كان فك الحجر عن التجارة بمنزلة إسقاط

بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه. وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه. وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقرار منه وهو تبرّع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة عليه، أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم، وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول. قال: **(وإن خص له ربّ المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها)** لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص، وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره. قال: **(فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن)** وكان ذلك له، وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها بريء من الضمان كالمودع إذا خالف

سيأتي. وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة هاهنا: أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة. أقول: فيه أيضاً نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضاً مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب، فالأولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين، وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط: إذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة، وله أن يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى. قوله: **(ولا يضارب إلا أن يأذن له ربّ المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله)** قال صاحب العناية: ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين، فإنها أمثال لما يجانسها، وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والوكالة ثانياً، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره، انتهى كلامه. أقول: الظاهر أن قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لأن حاصله إقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الأمانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الإيداع والتوكيل، ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المزبورة على الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله

في مال المضاربة إذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيراً لما هو المقصود وهو الربح **(وليس له أن يبضع من يخرجها من تلك البلدة لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه لا يملك تفويضه إلى غيره فإن خرج به إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري وربحه له لأنه تصرف فيه بخلاف أمره)** فصار غاصباً **(وإن لم يشتر ورده إلى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف إذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق)** فإن قيل: قوله ورجع المال مضاربة يدل على أنها زائلة، وإذا زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد. أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه، وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال. وأما على رواية المبسوط فإنها زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفس الإخراج **(وإذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده إلى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا)** من البقاء في يده بالعقد السابق، وأما إذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة، إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامناً لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي، وفيه نظر لأن الصفقة متحدة وفي ذلك تعريفها. والجواب أن الجزء معتبر بالكل، وتفريق الصفقة موضوع إذا استلزم ضرراً، ولا ضرر عند

الملك عن العبد بالإعتاق لأن فك الحجر عبارة عن إسقاطه ثم المعتق يعتق عبده فكذلك المأذون يأذن عبده فلا يخفى عليك، في تقرير الشارح من القصور قوله: **(والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها)** أقول: أي من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواقي كما سيجيء فليتأمل قوله: **(أجيب بأن كلا من جهتي الجواز صالح للعلية فلا يترجح غيرها بها)** أقول: الأظهر فلا يترجح أحدهما بالأخرى قوله: **(وفي التخصيص في بلد بعينه)** أقول: في تخصيصه بالبلد كلام، والظاهر هو التعميم للسلعة أيضاً فإن السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس إلى بعضها أكثر.

في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق. وكذا إذ ردّ بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا، ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير، وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج. والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج، وإنما شرط الشراء للتقرّر لا لأصل الوجوب، وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد، إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه

لأن الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب. والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية. أما المأذون فلأن الإذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الأصلية، وأما المكاتب فلأنه صار حرّاً يداً، وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المنفعة قوله: **(ورجع المال مضاربة على حاله)** قال صاحب العناية: فإن قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على أنها زائلة وإذا زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد. أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه، وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال، وأما على رواية المبسوط فإنها زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفس الإخراج اهـ. أقول: قوله إنه رواية الجامع الصغير لم يزل، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف وغيره فيما سيأتي من أن شرط الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لأصل وجوبه، وإنما وجوبه بنفس الإخراج، إذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الإخراج على رواية الجامع الصغير أيضاً، فالحق في الجواب أن يكتفي بأن يقال: إن المضاربة زائلة بالإخراج زوالاً موقوفاً، فإذا لم يشتر وردّ المال إلى البلد الذي عينه ربّ المال سقط الضمان وعادت المضاربة إلى أصلها، والعقد إنما لا يرجع إلا

الضمان، وقد أشرنا إلى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط. قال المصنف **(والصحيح أن بالشراء يتقرّر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج، وإنما شرط الشراء)** يعني في الجامع الصغير **(للتقرر لا لأصل الوجوب، وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لأنه صرح بالحجر والولاية إليه)** ونوقض بما لو قال على أن تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفاً وجوابه مبني على أصل وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه، فالأول: كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم، والثاني: كصورة النقض فإن البيع نقداً بثمن كان ثمن النسيئة خير ليس إلا فكان التقييد مضراً. وأما الثالث: فكالنهي عن السوق فإنه مفيد من وجه من حيث إن البلد ذات أماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر، وحكماً فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محله ليس له أن يحفظ في غيرها، وقد تختلف الأسعار أيضاً باختلاف أماكنه، وغير مفيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كما كان واحد كما إذا شرط الإيفاء في السلم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه، والله أعلم. قال: **(ومعنى التخصيص الخ)** ذكر ألفاظاً تدل على التخصيص: وتقرير كلامه: ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا: أي بهذه الألفاظ، والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل، وجملة ذلك ثمانية: ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة، والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاماً لا يصح الابتداء به ويصح متعلقاً بما تقدم جعل متعلقاً به لئلا يلغو، وإذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقاً بما تقدم لانتفاء الضرورة، وعلى هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا، أو قال خذه تعمل به

قوله: **(وغيره)** أقول: أي غير المفيد قوله: **(كذلك لغو)** أقول: أي من كل وجه قوله: **(فإن البيع نقداً بثمن كان ثمن النسيئة)**.

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا. وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له، أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق، أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة، ولو قال

بالتجديد فيما إذا زال زوالاً مقطوعاً غير موقوف على شيء قوله: **(إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه)** قال في معراج الدراية: فإن قيل: يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة أنه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفاً مع صريح النهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت. قلنا: هذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلافاً لزفر، وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافاً لزفر لأنه مخالفة بالخير ا هـ. أقول: في كل واحد من السؤال والجواب خبط. أما في الأول فلأن قوله أو على العكس غير صحيح، إذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية. وأما في الثاني فلأن قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الإشكال، لأنه إذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما إذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصوّر كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير أيضاً، وهذا ظاهر جداً، فالصواب أن يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره قوله: **(ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ)** يعني أن معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا بهذه الألفاظ، ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الألفاظ وما لا يفيد ذلك منها، وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية: ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطاً، واثنان منها لا تفيده فتعتبر مشورة. والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا

في الكوفة مجزوماً مرفوعاً، وكلام المصنف يحتملهما، أو قال فاعمل به في الكوفة أو قال خذه بالنصف بالكوفة أو قال لتعمل به بالكوفة، ولم يذكره المصنف لأن قوله تعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يبتدىء بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقاً بما تقدم، فجعل قوله على أن تعمل شرطاً والمفيد منه معتبر، وهذا يفيد صيانة المال في المصر، وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة، وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لأن الفاء فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له، وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق، ويقتضي الإلصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقاً بالكوفة وهو أن يكون العمل فيها، وإذا قال دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به، أما بغير الواو فواضح، وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاماً مبتدأ فيجعل مشورة كأنه قال: إن فعلت كذا كان أنفع. فإن قيل: فلم لا تجعل الواو للحال كما في قوله أدّ إليّ ألفاً وأنت حرّ؟ أجيب بعدم صلاحيته لذلك هاهنا، لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ، ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيداً لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب والتنزّه عن الشبهات، بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز، لأن فائدة الأول: يعني من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة، وإذا اشترى بها فقد وجد ذلك وإن كان من غير رجل كوفي. وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف وإذا حصل ذلك لا معتبر بغيره قوله: **(وهذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك)** يعني غير المكان في الأول، والنوع في الثاني دليل على التقييد، ويتضمن الجواب عما يقال إن

أقول: جملة كان صفة بثمن واسم كان ضمير راجع إليه، وقوله ثمن النسيئة خبر كان قوله: **(فجعل قوله على أن تعمل شرطاً)** أقول: شرطاً مفعول ثان لجعل قوله: **(وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة)** أقول: ويجوز أن يكون استئنافاً بيانياً.

على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة، بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة، أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز؛ لأن فائدة الأول التقييد بالمكان، وفائدة الثاني التقييد بالنوع، وهذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك. قال: (**وكذلك إن وقّت للمضارب وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه**) لأنه توكيل فيتوقّت بما وقّته والتوقيت مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان. قال: (**وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على ربّ المال لقرابة أو غيرها**) لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى، ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة. بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود. قال: (**ولو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة**) لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف. قال: (**فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه**) لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب ربّ المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود (**وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة**) لأنه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وإن لم

يفيده هو أن ربّ المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء ويصح متعلقاً بما قبله يجعل متعلقاً به لئلا يلغو، ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقاً بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكر هاهنا في جملة الشروح والكافي. أقول: فيه شيء، وهو أنهم اتفقوا على أن قول ربّ المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل وبجزمه من تلك الألفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع أنه يصح الابتداء بتعمل مرفوعاً على أن

ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فإن مقتضى لفظ الأول أن يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة أو بغيرها. وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف، والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها، ولما لم يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دلّ على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك. وقوله: (**وكذلك إن وقّت للمضاربة**) معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان، والله أعلم. قال: (**وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على ربّ المال الخ**) وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على ربّ المال لقرابة أو غيرها كالمحلوف بعتقه، لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى، وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعتقه فالعقد لا يتحقق فيه. وفي هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة، فإن الوكيل بشراء عبد مطلقاً إن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفاً، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرر إلى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل، وقيد بقوله اشتر لي عبداً أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً، ولهذا أي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح، بخلاف البيع الفاسد لأن بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود، ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشترياً لنفسه دون المضاربة، لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف، وقوله متى وجد نفاذاً احتراز عن الصبيّ والعبد المحجورين فإن شراءهما يتوقف على إجارة الولي والمولى، ثم إن كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير ربّ المال بين أن يستردّ المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة ديناً عليه، وأما شراء من يعتق على لمضارب ففيه تفصيل: إما أن يكون في المال ربح أو لا، فإن كان لم يجز له أن يشتريه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب ربّ المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند أبي حنيفة أو يعتق الكل

قوله: (**وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به**) أقول: إذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به، وإن لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل قوله: (**لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ**) أقول: وجعله حالاً مقدرة خلاف الظاهر.

يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف، إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه **(فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم)** لملكه بعض قريبه **(ولم يضمن لرب المال شيئاً)** لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة، لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره **(ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الورثة)**. قال: **(فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر، فإن شاء**

يجعل كلاماً مستأنفاً كما يصح الابتداء باللفظين اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو، وقوله اعمل به بغير الواو، فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضاً فتأمل قوله: **(أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها، لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة)** فإن قيل: لماذا لم تجعل الواو للحال كما في قوله أدِّ إلي ألفاً وأنت حر؟ قلنا: لأنه غير صالح للحال هاهنا لأن حال العمل لا يكون وقت الأخذ وإنما يكون العمل بعد الأخذ، كذا في النهاية وعامة الشروح. أقول: ينتقض هذا الجواب بما إذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فإنهم جعلوا قوله به بالكوفة مما يفيد التخصيص، وقد صرح في النهاية ومعراج الدراية بأن قوله تعمل على إعرابين: بالرفع على الحال، وبالجزم على جواب الأمر، مع أن العلة التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الأخذ لا وقت الأخذ جارية بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح للحال أيضاً، وإن قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى ﴿محلقين رؤوسكم ومقصرين﴾ [الفتح: ٢٧]، يرد أن يقال لم يكن الأمر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تنحسم مادة الإشكال بذلك الجواب. ثم أقول: الجواب التام عن أصل السؤال الحاسم مادة الإشكال أن يقال: إن قوله واعمل به بالكوفة جملة

عندهما على الاختلاف المعروف في تجزؤ الإعتاق فيمتنع التصرف المقصود، وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن إن كان نقد الثمن من المضاربة. وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له، فإذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لتملكه بعض قريبه، ولم يضمن لربّ المال شيئاً لأن ازدياد القيمة وتملكه الزيادة: أي نصيبه من الربح أمر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما إذا ورثه مع غيره، كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجاً وأخاً عتق نصيب الزوج ولا يضمن لأخيها شيئاً لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب ربّ المال من العبد وهو رأس المال وحصة ربّ المال من الربح لأنه احتبست مالية العبد عند العبد فيسعى العبد فيه كما في الوراثة. قال: **(فإن كان مع المضارب ألف بالنصف الخ)** وإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً وخمسمائة والمدعي موسر، فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيئاً، وإنما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي

شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق في حق الولد، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسراً، ومع ذلك لا يضمن، ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من أهلها في محلها حملاً على الفراش بالنكاح بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه: أي الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح، لأن كل واحد من الأم والغلام مستحق برأس المال، كما المضاربة إذا صار أعياناً كل واحد منهما يساوي رأس المال، كما لو اشترى بألف المضاربة عبدين كل واحد منها يساوي ألفاً فإنه لا يظهر الربح، وإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد. واعترض بوجهين:

ربّ المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتق) ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح، لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما: أعني الأم والولد مستحق برأس المال. كمال المضاربة إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا، فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق. فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك. أما هذا فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقرّ بحرية عبد غيره ثم اشتراه. وإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه، ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدّي ولم يوجد **(وله أن يستسعي الغلام)** لأنه احتبست ماليته عنده، وله أن يعتق لأن المستسعي كالمكاتب عند أبي حنيفة ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين، لأن الألف مستحق

إنشائية، وقد تقرر في العلوم العربية أن الجمل الإنشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء كانت مع الواو أو بدونها، وهذا مع وضوحه جداً كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الإشكال، والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضاً بأنه لم لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى ﴿محلقين رؤوسكم﴾ ولم يزد على هذا شيئاً فهو أيضاً غفل عن عدم صلاحية الجمل الإنشائية لأن تقع حالا. ثم إن بعض الفضلاء تدارك ما أورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال: وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فكأنه أيضاً غافل عن عدم صلاحية ذلك لأن يقع حالاً قوله: **(والمدعي موسر)** قال الشراح: وإنما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق في حق الولد، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسراً ومع ذلك لا يضمن اهـ كلامهم. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها، سيما إذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من

أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحاً. والثاني: أن المضارب إذا اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوي ألفاً كان له ربحهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح. وأجيب عن الأول بأن تعينها كان لعدم المزاحم لا لأنها رأس المال، فإن رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال. وعن الثاني: بأن المراد بقوله أعياناً أجناس مختلفة، والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة، وإذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحاً، بخلاف العبدين فإنهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق أجناساً مختلفة عند أبي حنيفة قولاً واحداً، وعندهما أيضاً في رواية كتاب المضاربة: وإذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولاً برأس المال، فإذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لأن سببها كان موجوداً وهو فراش النكاح، إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك، فإن زال المانع صار نافذاً، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام، لأن ذلك إنشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلاً، وإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك. وأما ما نحن فيه فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما إذ أقرّ بحرية عبد غيره ثم اشتراه فإنه يعتق عليه، وإذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه، ولا يضمن لربّ المال من قيمة الولد شيئاً لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه، لأن الحكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجوداً. وأصله مسألة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعدياً. وضمان الإعتاق يعتمد ذلك. وإن انتفى الضمان بقي أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق. فإن شاء استسعاه لاحتباس ماليته عند نفسه. وإن شاء أعتق لكونه قابلاً للعتق، فإن المستسعي كالمكاتب عند أبي حنيفة، ويستسعيه في

برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار. ثم إذا قبض ربّ المال الألف له أن يضمن المدّعي نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما. وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد

تقريرهم، وإنما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله ولا يضمن لربّ المال شيئاً من قيمة الولد، لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد اهـ. فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال: إنما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة إعساره، لأنه إذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلأن لا يجب ذلك عليه في حالة إعساره أولى، بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فإنه يحتمل أن يكون محمولاً على حالة إعساره فقط قوله: **(ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار)** قال في الكافي: فإن قيل: لماذا لا تجعل الأمة رأس المال الولد ربحاً؟ قلنا: لأن ما يجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال والأمة ليست من جنس رأس المال، فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أولى اهـ. واقتفى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب. وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين: وفيه نظر، لأنا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اهـ. أقول: نظره ساقط جداً، لأنا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاد، لأن من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكاً لها، وعلى تقدير أن تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لربّ المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة، وهذا مع ظهوره جداً كيف خفي على صاحب العناية، فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثابت كصاحب الكافي وشراح الكتاب وغيرهم. ثم إن بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه: إن الاستسعاء مقدم، لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والأم تتبعه، وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا اهـ. أقول: الجواب الذي ذكره هذا القائل وإن كان مما يصلح أن يكون جواباً على أصل السؤال كما أشار إليه المصنف بقوله لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما اهـ. إلا أنه لا يصلح أن يكون مراداً للمجيب بالجواب الذي هو محل النظر، إذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب، إذ التقدم في الاستسعاء والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الألف المأخوذة من الولد رأس المال دون الجارية. ونظر

ألف ومائتين وخمسين، لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار. قيل لم لا تجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحاً؟ وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليس من ذلك. فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس، وفيه نظر، لأنا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال، ثم إذا قبض ربّ المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم، لأن الألف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما، وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن، وضمان التملك لا يستدعي صنعاً بل يعتمد التملك وقد حصل، كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فإنه يضمن

قوله: **(وفيه نظر، لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد الخ)** أقول: وجوابه أن الاستسعاء مقدم لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والأم تتبعه، وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا.

الملك، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب ربّ المال لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعاً كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا؛ بخلاف ضمان الولد على ما مر.

صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب، وإنما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل. ثم إن الشارح العيني بعد أن ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلاً عن الكافي، وبعد أن ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلاً عنه قال: قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اهـ. أقول: لا يرى لهذا معنى مفيد، فإن ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال هو الألف المأخوذة منه دون قيمة الجارية، بل الألف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الألف المأخوذ منه أيضاً من الربح تأمل تقف.

لشريكه نصيبه، كالأخ تزوّج بجارية أخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثاً بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه، بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان إعتاق وهو إتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه. وقوله كما مر إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه، ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب.

باب المضارب يضارب

قال: **(وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له ربّ المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح، فإذا ربح ضمن الأول لربّ المال)** وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح، وهذا ظاهر الرواية. وقال زفر رحمه الله: يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع، وهذا الدفع على وجه المضاربة. ولهما أن الدفع إيداع حقيقة، وإنما يتقرّر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله. ولأبي حنيفة أن

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية، إذ الثانية تتلو الأولى أبداً فكذا بيان حكمها، كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي. وذكر فيهما وجه آخر أيضاً هو أن المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد أبداً. واختاره صاحب الغاية والعناية. أقول: فيه تعسف، لأن مضاربة المضارب وإن كانت بعد مضاربة ربّ المال إلا أنها مفردة أيضاً غير مركبة من المضاربتين قطعاً، ألا ترى أن الثاني أبداً يتلو الأول ولكنه ليس بمركب من الأول ومن نفسه قطعاً، وإنما المركب منهما الاثنان: نعم إن مضاربة لمضارب لما اقتضت المضاربة الأولى جاز أن يحصل من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الألباب قوله: **(وبعده إبضاع)** قال بعض الفضلاء فيه بحث، والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي ا هـ. أقول: ليس الأمر كما فهمه، فإن المحكوم عليه هاهنا بأنه إبضاع إنما هو الدفع لا عقد المضاربة: والذي ينافي الإبضاع ويلائم التوكيل إنما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه، فإنه إنما يلائم الإيداع قبل العمل والإبضاع بعده لا التوكيل، لأن التوكيل تفويض التصرف لأجل الموكل إلى غيره، وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه، بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى. وأما ما في شرح الكنز العلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فإنه قال فيه: ووجه المروي عن أبي حنيفة أن العقد المجرد لا يوجب الضمان، ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لأجل التصرف لأنه إيداع وهو يملك

باب المضارب يضارب

مضاربة المضارب مركبة، فأخرها عن المفردة. اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب إذا دفع المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له ربّ المال؛ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح، فالموجب هو حصول الربح، فإن ربح الثاني ضمن الأول لرب المال. وقال أبو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية: إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح، ثم رجع أبو يوسف وقال: ضمن بالدفع، وبه قال زفر لأن ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الإيداع لعدم الإذن بغيره، ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الإيداع فلا يملكه. ولهما أن دفعه إيداع حقيقة، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى: أي موقوفاً إن عمل ضمن وإلا فلا. ولأبي حنيفة أن الدفع قبل العمل إيداع، وبعده إبضاع، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما، إلا أنه ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفاً لاشترك الغير في ربح مال ربّ المال، وفي ذلك إتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره، وهذا أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة، وأطلق القول ليتناول كلا منهما فإن الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أو كلتيهما جميعاً لم يضمن الأول لأن الثاني أجير فيه وله أجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان. فإن قيل: إذا كانت الأولى فاسدة لم يتصوّر جواز الثانية لأن مبناها على الأولى فلا يستقيم التقسيم.

باب المضارب يضارب

قال المصنف: **(وبعده إبضاع)**، أقول: فيه بحث، والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي.

الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما، إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة، فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول، وإن عمل الثاني لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به. ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني. وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع. وقيل ربّ المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور. وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده. ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامناً، أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامناً. ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطا لأنه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما إذا دفع مال نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد. وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء، ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل، والأعلى

ذلك، ولا بالتصرف لأنه وكيل فيه على ما بينا من قبل ا هـ. ولا يخفى أن المفهوم منها أن المضارب وكيل لأن الدفع نفسه توكيل، ولا كلام في أن المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة، وأما أنه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد قوله: **(وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة)** قال في النهاية ومعراج الدراية: أي الضمان عليهما عند الربح أو العمل الاختلاف الذي ذكرنا فيما إذا كانت المضاربة صحيحة. وقال في العناية وشرح العيني: أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة. أقول لا يحتمل أن يكون المشار إليه بهذا هاهنا وجوب الضمان عليهما، أي على المضارب الأول والثاني، بل كون المشار إليه به هنا هو الضمان على الأول متعين، لأن المذكور في الكتاب هو ضمان الأول لا غير، ولم يمر من المصنف إلى الآن شيء يشعر بضمان الثاني أيضاً، فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا هاهنا إشارة إلى الضمان عليهما، وشأن اسم الإشارة أن يشار به إلى المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله، ووجوب الضمان على الثاني مما لم تشم رائحته قط إلى الآن فضلاً عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد، على أن المصنف هاهنا

أجيب بأن المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزاً بحسب الصورة بأن يكون المشروط للثاني من الربح مقدار ما تجوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط للأول نصف الربح ومائة مثلاً وللثاني نصفه قوله: **(ثم ذكر في الكتاب)** يعني القدوري **(يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل)** اختياراً منه لقول من قال من المشايخ **(ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة. وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع، ومنهم من يقول ربّ المال بالخيار بين تضمين الأول والثاني)** في هذه المسألة **(بإجماع)** أصحابنا **(و)** هذا القول **(هو المشهور)** من المذهب **(وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده)** لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع **(ووجهه أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه)** من حيث شركته في الربح **(فجاز أن يكون ضامناً. ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة)** الثانية **(لأنه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به ربّ المال فصار كما إذا دفع مال نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد)** أي بسببه **(لأنه عامل له)** أي للمضارب الأول **(كما في المودع)** واعترض بأن كلامه متناقض لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه، وهاهنا قال لأنه عامل للمضارب الأول. وأجيب باختلاف الجهة: يعني أن المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث إنه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع، والظاهر من كلامه عدمه لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه، ويجوز أن يكون الشخص عاملاً لغيره لمنفعة نفسه

قوله: **(واعترض، إلى قوله: وأجيب باختلاف الجهة)** أقول: المعترض والمجيب هو الإتقاني قوله: **(والظاهر من كلامه عدمه)** أقول: أي عدم التناقض قوله: **(ويجوز أن يكون الشخص عاملاً لغيره لمنفعة نفسه)** أقول: الظاهر أن اللام للمنفعة.

يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث. قال: **(فإذا دفع ربّ المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح، فإن كان ربّ المال قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الأول السدس)** لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للأوّل إلا النصف فيتصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس، ويطيب لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف درهم **(وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول وربّ المال نصفان)** لأنه فوّض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما، بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا **(ولو كان قال له ما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال)** لأن الأهل شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوّض إليه من جهة ربّ المال فيستحقه، وقد جعل ربّ المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما **(ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه، أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول)** لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله **(وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله)** لأنه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال، لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به، ولأنه غرّه في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه، وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف.

بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الأول لربّ المال، وأما أن الثاني هل يضمن أيضاً أم لا فيبينه بعد مفصلاً بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني الخ فهو هاهنا بمعزل عنه قوله: **(لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما إذا دفع ما نفسه)** أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل إنما يتمشى على قول زفر، لأن مال المخالفة بالدفع إلى الغير إنما هو قول زفر. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا تتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله. ولا يخفى أن الأهم بالبيان والتعليل هاهنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب، ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتأمل في التوجيه.

فلا تناقض بينهما حينئذ **(ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد)** فإن الأوّل قد غرّه والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغارّ **(وتصح المضاربة)** الثانية **(والربح بينهما على ما شرطا، لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء، ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأوّل لأن الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والأول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث)** لأنه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق. قال: **(فإن دفع إليه ربّ المال مضاربة بالنصف الخ)** هذه المسائل إلى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها إلى شرح، وإنما قال يطيب لهما ذلك: أي للمضارب الأول والثاني الثلث والسدس لأن الأول وإن لم يعمل بنفسه شيئاً فقد باشر العقدين؛ ألا ترى أنه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه ربّ المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيباً له وإن لم يعمل بنفسه، وإنما قال غرّه في ضمن العقد لأن المغرور إذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما إذا قال الآخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمناً فسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه.

فصل

(وإذا شرط المضارب لربّ المال ثلث الربح ولعبد ربّ المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له، ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه، ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له، وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر،

فصل

قوله: **(وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز)** هذه من مسائل الجامع الصغير، وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد ربّ المال فيها فقال صاحب النهاية: التقييد بعبد ربّ المال لا للشرط، فإن الحكم في عبد المضارب كذا أيضاً، ونقل عن الذخيرة والمعنى تفصيلاً يدل على ذلك. وقال صاحب معراج الدراية: التقييد بعبد ربّ المال لا للشرط، فإن حكم عبد المضارب كذلك، وكذا لو شرط الأجنبي، وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له. وقيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافاً لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف. وجه قول البعض إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل ربّ المال انتهى كلامه. وردّ عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه: وفيه بحث، لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث انتهى. أقول: لا يفهم لهذا البحث وجه وورود على ذلك المنقول أصلاً، بل هذا يؤيد ذلك لأن قوله لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بياناً لما قيل، وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلاً عن المنافاة. ثم إن محصول ذلك المنقول أنه إذا كان في عبد ربّ المال خلاف لا في غيره كان ذكر عبد ربّ المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به، وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلاً كما لا يخفى على الفطن. وقال صاحب العناية: قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئان: عبد المضارب، والأجنبي؛ وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد ربّ المال فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة

فصل

لما كان للمضارب بعد إدخال عقد المضاربة أو ربّ المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل على حدة فقال: **(وإذا شرط المضارب لربّ المال ثلث الربح ولعبد ربّ المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز)** فقوله ولعبد ربّ المال في مقابلته شيئان: عبد المضارب، والأجنبي، وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد ربّ المال فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين، وإن لم يشترط وعمل الأجنبي معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل، ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لربّ المال، لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شيء. وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك فإن فيه تفصيلاً، إما أن يكون على العبد دين أو لا، فإن لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد ربّ المال، لأنه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطاً في حق مولاه، لأن ما هو شرط للعبد شرط لمولاه إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين، فإن كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط،

فصل وإذا شرط المضارب

قال المصنف: **(ولعبد رب المال ثلث الربح)** أقول: قال الكاكي: قيد بعبد رب المال لأن فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي

وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين فهو للغرماء. وهذا إذا كان العاقد هو المولى، ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك، وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف، والله أعلم.

جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين، وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل، ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لربّ المال، لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه. أقول: فيه بحث لأنه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد ربّ المال عن الأجنبي أصلاً: أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط. أما إذا شرط ذلك فلأن حكم الأجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعاً فكيف يتصوّر الاحتراز مع الاتحاد في الحكم. وأما إذا لم يشترط ذلك فلأنه وإن تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط، لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا لكونه أجنبياً؛ فالاحتراز عنه إنما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال؛ ألا ترى أنه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه وللأجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لخرج الأجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسألة أيضاً فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلاً. وقال صاحب الكفاية: التقييد بعبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه. أقول: هذا هو الحق عندي، ولقد أشار إليه المصنف في تعليل المسألة حيث قال لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له، ثم قال: وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب تأمل تقف.

والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب، لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة إذا كان على العبد دين، وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به، وإن كان عبد ربّ المال فالمشروط لربّ المال بلا خلاف، وأما إذا شرطا أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحاً فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين أو لم يكن **(لأن للعبد يداً معتبرة لا سيما إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له، ولهذا)** أي ولأن للعبد يداً معتبرة **(لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه، ولهذا)** أي ولكون اليد معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له **(يجوز بيع المولى من عبده المأذون له)** يعني إذا كان مديوناً على ما سيجيء **(وإذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مرّ، وإذا صحت المضاربة)** والشرط **(يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإذا كان عليه دين فهو للغرماء، هذا إذا كان العاقد هو المولى، ولو عقد المأذون له الخ)** ظاهر.

وبعض أصحاب أحمد. وجه قولهم إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى. وفيه بحث، لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث قوله: **(فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني)** أقول: فيه تأمل قوله: **(فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي)** أقول: عبداً أو حراً ابن المضارب أو زوجته أو غيرهما.

فصل في العزل والقسمة

قال: (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم، وموت الموكل يبطل الوكالة، وكذا موت الوكيل) ولا تورث الوكالة وقد مرّ من قبل. (وإن ارتدّ ربّ المال عن الإسلام) والعياذ بالله

فصل في العزل والقسمة

أي في عزل المضارب وقسمته الربح

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصلَ الحكم الذي يوجد بعد ذلك، لأن عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح قوله: (وإذا مات ربّ المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال في العناية أخذاً من النهاية: وردّ بأنه لو كان توكيلاً لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئاً كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل، ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانياً لم يرجع به عليه مرة أخرى، وبأنه لو كان توكيلاً لانعزل إذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كما في الوكيل إذا علم به، وبأنه لو كان توكيلاً لما عاد المضارب على مضاربته إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتداً ثم عاد مسلماً كالوكيل. والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه. يريد بالجواب الآتي عن الردّ الأول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسألة الأولى. وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضاً في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسألة الثانية. وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح في المسألة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسألة الثالثة. أقول: الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلاثة الآتية إنما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاث، وبذلك لا يحصل الجواب عن الردّ بالوجوه الثلاثة المذكورة هاهنا لأن حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه توكيل بأنه لو كان توكيلاً لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاث المزبورة، وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلاً حتى يندفع رد الدليل المذكور هاهنا بتلك المسائل، بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الردّ والإشكال. فإن قلت: المراد بما في الدليل المذكور أن المضاربة توكيل في بعض الأحكام دون جميعها فلا يقدح فيها اختلافهما في الوجوه الثلاثة المذكورة. قلت: فحينئذ لا يفيد الدليل المدعي، إذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلاً في بعض الأحكام كونها توكيلاً فيما نحن فيه فلا يتم التقريب. فإن قيل: المراد أنها توكيل في بعض الأحكام الذي من جملته ما نحن فيه. قلنا: فحينئذ لا يصلح ما ذكر في

فصل في العزل والقسمة

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الأمر إلى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل. قال: (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة الخ) إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم، وبموت الموكل تبطل الوكالة. وردّ بأنه لو كان توكيلاً لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئاً، كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء له وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل، ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانياً لم يرجع به عليه مرة أخرى، وبأنه لو كان توكيلاً لانعزل إذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كما في الوكيل إذا علم به، وبأنه لو كان توكيلاً لما عاد المضارب

فصل في العزل والقسمة

قوله: (ثم عاد مسلماً كالوكيل) أقول: قال الإتقاني: فإنه إذا رجع الموكل مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية خلافاً لما روي عن محمد، وقد صرح في باب عزل الوكيل.

(ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لأن اللحوق بمنزلة الموت؛ ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه **(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها)** لأن له عبارة صحيحة، ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة. قال: **(فإن عزل ربّ المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز)** لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصداً يتوقف على

معرض الدليل لأن يكون دليلاً أصلاً لصيرورته أخفى من المدعي ولا أقل من أن يصير مثل المدعي في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل قوله: **(وإن ارتدّ رب المال عن الإسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة)** قال الشراح: هذا إذا لم يعد مسلماً، أما إذا عاد مسلماً قبل القضاء بلحاقه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان. أما قبل القضاء بلحاقه فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة. وأما بعد القضاء به فلمكان حق المضارب كما لو كان مات حقيقة وعزاه جماعة منهم إلى المبسوط. أقول: فيه إشكال، أما أوّلاً فلأنه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعاً كما مر في المسألة المتقدمة آنفاً فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة؟ اللهم إلا أن يقيد قولهم كما لو مات بحال كون المال عروضاً فإن المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب. وأما ثانياً: فلأنه إن كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما إذا عاد مسلماً بعد القضاء بلحاقه هي مكان حق المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما إذا لم يعد أيضاً بهذه العلة فليتأمل. ثم أقول: الذي يظهر من تعليل المصنف هذه المسألة. ومما ذكر في بعض المعتبرات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما إذا لم يعد مسلماً وبين ما إذا عاد مسلماً بعد لحوقه بدار الحرب مرتداً سيما بعد القضاء بلحاقه. أما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسألة فلأنه قال في تعليله إياها لأن اللحوق بمنزلة الموت عندنا؛ ألا يرى أنه يقسم ماله بين ورثته، ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعاً كما مر، فكذا بما هو بمنزلة الموت. وأما ظهوره مما ذكر في بعض المعتبرات فلأنه قال في البدائع: ولو ارتدّ رب المال فباع المضارب أو اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة إن رجع إلى الإسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلاً، وكذا إذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثاً لورثته، فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة اهـ. ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلماً بعد أن يحكم بلحاقه بدار الحرب، ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها، ولو عاد قبل أن يحكم بلحاقه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته، وأن الظاهر من إطلاق قوله فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى

على مضاربته إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتداً ثم عاد مسلماً كالوكيل، والجواب عن ذلك كله سيأتي. **(وإذا ارتدّ رب المال عن الإسلام والعياذ بالله أو لحق بدار الحرب بطلت المضاربة)**: يعني إذا لم يعد مسلماً، أما إذا عاد مسلماً قبل القضاء أو بعده فكانت المضاربة كما كانت، أما قبل القضاء فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة، وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة، وأما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند أبي حنيفة لأن المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده، فكذا تصرف من يتصرف له. ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على ردته أو مات ولحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز، والربح بينهما على ما شرطا لأن له عبارة صحيحة، لأن صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك، والعبارة الصحيحة مبني صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتدّ لتعلق حق الوارث، ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة، خلا أن ما يلحقه في العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة، لأن حكم العهدة

علمه **(وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك)** لأن حقه قد ثبت في الربح، وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتني على رأس المال، وإنما ينقض بالبيع. قال: **(ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئاً آخر)** لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً فيعمل العزل **(فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها)** لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة. قال: وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض، وعلى هذا موت ربّ المال

القاضي بلحاقه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلماً فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وإن عاد مسلماً. وقال الإمام الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: ولو ارتدّ رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فإن القاضي يجيز البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد: هو على المضاربة بالولاية الأصلية فيتوقف، ويبطل بالموت أو بالقضاء باللحوق، ولو لم يرفع الأمر إلى القاضي حتى عاد المرتد مسلماً جاز ذلك على المضاربة لأنه انتقضت ردّته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها ا هـ. ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضاً أنه لو عاد مسلماً بعد القضاء بلحوقه بطلت المضارب بالاتفاق قوله: **(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها)** في معنى كلام المصنف هذا احتمالان عقليان: أحدهما أن يكون قوله هذا ناظر إلى قوله وإن ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها: أي هي غير باطلة. وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظراً إلى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربة عند أبي حنيفة فيكون المعنى: ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها: أي لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة أيضاً بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعاً. وقد ذهب إلى المعنى الأول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية: وتبطل بموت أحدهما ولحاق المالك مرتداً، بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتداً حيث لا تبطل المضاربة لأن له عبارة صحيحة ا هـ. واقتفى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الإصلاح والإيضاح، وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضاً حيث أضيف فيها الموت المبطل إلى أحدهما مطلقاً واللحاق المبطل إلى المالك فقط، فدلت على أن لحاق المضارب لا يبطل بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه. أقول: ذلك المعنى ليس بصحيح عندي، إذ قد تقرّر في باب أحكام المرتدين أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام. ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضاً حيث قال في تعليل بطلان المضاربة: إذا ارتدّ رب المال ولحق بدار الحرب لأن

يتوقف بردته، لأنه لو لزمته لقضي من ماله ولا تصرف له فيه، فكان كالصبي المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء. وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال. قال: **(فإن عزل ربّ المال المضارب الخ)** إذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لأنه وكيل من جهته، وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه، وإذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقداً أو نسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل بنهيه لأن حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد، والربح إنما يظهر بالقسمة والقسمة تبتنى على رأس المال بتميزه، ورأس المال إنما ينض: أي يتيسر ويحصل بالبيع، ثم إذا باع شيئاً لا يجوز أن يشتري بالثمن شيئاً آخر، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً فيعمل، وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نضت فلم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الأعمال. قال: هذا الذي ذكره إن كان من جنس رأس المال، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير

ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها. قال: **(إذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون)** لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له **(وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء)** لأنه وكيل محض

اللحوق بمنزلة الموت؛ ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اهـ. فإذا كان كذلك فأني يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتداً، على أن بطلان المضاربة إذا لحق المضارب بدار الحرب وقضي بلحاقه مصرح به في المعتبرات. قال في البدائع: وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كونه قبل الردة، وكذا إذ لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه لأن ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه اهـ. فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف كما يرشد إليه قوله في تعليله، ولا توقف في ملك رب المال، إذ لا ريب أن هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند أبي حنيفة إذا كان هو المرتد، والتوقف في ملكه عنده إنما يكون قبل اللحاق لا بعده، فلا بد أن يكون المراد هاهنا أيضاً ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول في التعليل، ويشير إليه زيادة الشراح قيد في قولهم جميعاً بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً، إذ لا شك أن زيادة هذا القيد للإيماء إلى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما إذا كان رب المال هو المرتد، ولا خلاف فيه بعد اللحوق، وإنما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة ولا يتوقف عندهما بل ينفذ، فلا بد أن يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما إذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر قوله: **(وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها)** وفي بعض النسخ: وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها، فكلمة هذا في قوله وعلى هذا إشارة إلى قوله لا يمنعه العزل من ذلك: يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي إذا كان المال عروضاً بل يبيعها بعد العزل، كما لا ينعزل بالعزل القصدي في تلك الصورة لأن عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم إبطال حق المضارب، ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين. ثم إن ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع إلى العروض: أي ونحو العروض في حق البيع بأن كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب. هذا ما ذهب إليه أكثر الشراح وهو المختار عندي. وأما صاحب غاية البيان فقال: وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتدّ رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتداً ثم باع المضارب العروض جاز

أو على القلب له أن يبيعه بجنس رأس المال استحساناً لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض قوله: **(على هذا موت رب المال)** يريد به أن العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب. ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي، لأن عدم عمل العزل لما فيه من إبطال حق المضارب، ولا تفاوت في ذلك بين العزلين **(وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الأجير وأجره الربح، وإن لم يربح لم يجبر على ذلك لأنه وكيل محض)** حينئذ والوكيل متبرع **(والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرّع به)** فإن قيل: ردّ رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه، وذلك لا يتم إلا بالقبض، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. أجيب بأنا لا نسلم أن الردّ واجب، وإنما الواجب عليه رفع يده كالمودع **(فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء)** فإذا فعل ذلك فقد زالت يده، ولا بد له من ذلك **(لأن حقوق العقد ترجع إليه)** فإن لم يوكل يضيع حق رب المال **(وفي الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة)** فكان في الكلام استعارة، ومجوّزها معروف وهو اشتمالها على النقل، وإنما فسره بذلك لأن أجل ربما يوهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك **(وعلى هذا سائر الوكالات)** يعني الوكيل إذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما **(البياع والسمسار)** وهو الذي يعمل للغير بيعاً أو شراء فإنهما **(يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بالأجر عادة)** وإذا

قال المصنف: **(وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها)** أقول: الضمير في قوله ونحوها راجع إلى الموت على تأويل المنية، ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض على اكتساب التأنيث من المضاف إليه وفيه شيء.

والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به. **(ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء)** لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، فلا بد من توكيله وتوكله كي لا يضيع حقه. وقال في الجامع الصغير: يقال له أحِلْ مكان قوله وكل، والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجر عادة. قال: **(وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال)** لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة **(فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب)** لأنه أمين **(وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال)** لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله

بيعه على المضاربة لما قلنا. والضمير في ونحوها على هذا يرجع إلى موت رب المال على تأويل المنية فينبغي أن يقال برفع الواو. أقول: فيه نظر، لأنه مع ابتنائه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى، أما على النسخة الثانية فظاهر، لأن ما هو نحو الموت إنما هو اللحوق بدار الحرب مرتداً، وقد ذكر هذا صريحاً في تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لأن يقال ونحو الموت. وأما على النسخة الأولى فلأنه قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل. ثم قال صاحب الغاية: ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض بأن يعطي للمضاف حكم المؤنث باعتبار إضافته إلى المؤنث كما في قوله:

كما شرقت صدر القناة من الدم

فعلى هذا يقال بجر الواو. أقول: هذا أيضاً مع كونه تعسفاً من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى، لأنه يوهم أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك. ثم قال: ويجوز أن يرجع إلى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض، كما إذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس، لأنها نحو العروض في أن المضارب لا ينعزل بموت رب المال اهـ كلامه. أقول: الآن حصحص الحق. والعجب أنه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظاً ومعنى قوله: **(وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به)** قال بعض الفضلاء: هذا منقوض بالكفيل فإنه متبرع ويجبر على إيفاء ما تبرع به فتأمل اهـ. أقول: هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير الملتزم لا يجبر على إيفاء ما تبرع به، والكفيل ملتزم لأن يطالب بما على الغير على ما عرف

وصل إليه أجره أجبر على تمام عمله واستئجاره قلما يخلو عن فساد، لأنه إذا استؤجر على شراء شيء فقد استؤجر على ما لا يستقل به، لأن الشراء لا يتم إلا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده، وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة. والأحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجراً فيكون وكيلاً معيناً له، ثم إذا فرغ من عمله عوّض بأجر المثل، هكذا روي عن أبي يوسف ومحمد. قال: **(وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ)** الأصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال. قال النبي ﷺ: «مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم

قال المصنف: **(وإن لم يكن له ربح ولم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به الخ)** أقول: هذا منقوض بالكفيل، فإنه متبرع ويجبر على إيفاء ما تبرع به فتأمل، ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء إذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات.

(وإذا استوفى رأس المال، فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا **(ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول)** لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد، وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالاً آخر.

في محله فلا يرد النقض به، وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة، والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضاً في محله فلا انتقاض. ولئن سلم إطلاق الكلام هاهنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله ﷺ «الزعيم غارم»[1] على ما مر في كتاب الكفالة، فلا ضير في خروجه، إذ القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل

له رأس ماله» فكذا المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه، أو قال فرائضه، ولأن رأس المال أصل والربح تبع، ولا معتبر بالتبع قبل حصول الأصل، فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع، فإذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لأنه أمين، وإن اقتسماه تراداً لأن القسمة تفيد ملكاً موقوفاً إن بقي ما أعد إلى رأس المال إلى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكاً له، وإن هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ١٢٦٥، ٢١٢٠ وابن ماجه ٢٣٩٨ وابن حبان ٥٠٩٤ والبغوي ٢١٦٢ والطيالسي ١١٢٨ والبيهقي ٦/٨٨ والطبراني ٧٦١٥، ٧٦٢١ وأحمد ٥/٢٦٧ وعبد الرزاق ١٤٧٩١، ١٦٣٠٨ كلهم من حديث أبي أمامة وإسناده جيد وقد تقدم الكلام عليه في كتاب البيوع.

فصل فيما يفعله المضارب

قال: (ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب، وليس له أن يشتري سفينة للركوب. وله أن يستكريها اعتباراً لعادة التجار، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار. ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع، أما عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى. إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقايل ثم يبيع نسيئة، ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك. وأما عند أبي يوسف فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنساء. بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة ولو احتال بالثمن على الأيسر أو الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر، لأن

فصل فيما يفعله المضارب

قال في غاية البيان: وكان القياس أن لا يذكر الفصل هنا، بل كان ينبغي أن تذكر المسائل المذكورة فيه في أول الكتاب عند قوله وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع، إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما ذكره بقوله إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة لا يجدي شيئاً في دفع ما ذكره أولاً، لأن زيادة الإفادة إنما تقتضي أن لا يقتصر على ما ذكرنا في أول الكتاب، بل بذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمة، ولا تقتضي أن يذكر بعضها ثمة وبعضها هنا في فصل على حدة فبقي مقتضى القياس الذي ذكره في أول كلامه على حاله تبصر. وقال في النهاية والعناية: ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة للإفادة وتنبيهاً على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة انتهى. أقول: لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك، ولكن فيه شيء آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبيهاً على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة ينافي في الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب، لأن الإعادة تقتضي الذكر مرة أولى، وقد قال أوّلاً ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب، وحلّ ذلك أن المراد بالإعادة إعادة جنس أفعال

فصل فيما يفعله المضارب الخ

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للإفادة وتنبيهاً على مقصودية أفعال المضاربة بالإعادة. قال: (ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله إطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا. فجاز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأنه من ذلك، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه. قال في النهاية: بأن باع إلى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب. قيل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلاً، وأما إذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب إذا اشترى طعاماً يحمله عليها. وظاهر كلامه يدل على أن ذلك إذا كان للركوب لا يجوز، وإذا كان للحمل فهو ساكت عنه، وله أن يستكريها: أي السفينة والدواب مطلقاً اعتباراً لعادة التجار، فإنه إذا اشترى طعاماً لا يجد بداً من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم. وقيد بالمشهورة لأن ابن رستم روى عن محمد أنه لا يملك الإذن في التجارة لأنه بمنزلة الدفع مضاربة. والفرق بينهما أن المأذون لا يصير شريكاً في الربح، ولو باع نقداً ثم أخر الثمن جاز بالإجماع. أما عند أبي حنيفة ومحمد فلأن الوكيل يملك ذلك، فالمضارب أولى لعموم ولايته لكونه شريكاً في

فصل فيما يفعله المضارب

قوله: (أي السفينة والدواب مطلقاً) أقول: أي سواء كان في نوع خاص أو مطلقاً قال المصنف: (وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة) أقول: إيضاح آخر لقوله لأن له الأمر العام المعروف عطفاً على قوله ولهذا كان له أن يشتري.

تصرفه مقيد بشرط النظر، والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع: نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا، ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والرهن والارتهان لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل. ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك، وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة، وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره) وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير، فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك. ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب

المضارب لا إعادة خصوص ما ذكر هاهنا، وإعادة جنسها إنما تقتضي ذكر جنسها مرة أولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تأمل قوله: **(لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الخ)** أقول: فيه شيء، وهو أن هذا الدليل قاصر عن إفادة تمام المدعي، إذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة أيضاً في المدعي كما ترى قوله: **(فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة)** قال صاحب العناية: وكلام المصنف يوهم اختصاص الإبضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلا، وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى. أقول: الظاهر في بيان إيهام كلام المصنف اختصاص الإبضاع ببعض المال أن يقال حيث قال شيئاً من مال المضاربة، فإن منشأ الإيهام إنما هو مجموع قوله شيئاً من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعيض؛ ألا ترى أنه لو قال فإن دفع ما أخذه من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الإيهام كما لا يخفى على الفطن، بخلاف ما إذا قال فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فإنه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة. وعن هذا قال صاحب النهاية: وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة. وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف موهماً للاختصاص بإبضاع بعض المال غيره فقال: فإن دفع المضارب مال المضاربة أو شيئاً منه إلى

الربح أو بعرضية ذلك، إلا أن الوكيل يضمن كما تقدم، والمضارب لا يضمن لأن له أن يقابل العقد ثم يبيع نسيئة لأنه من صنيع التجار، فجعل تأجيله بمنزلة الإقالة والبيع نسيئة، ولا كذلك الوكيل فإنه يضمن إذا أخر الثمن لأنه لا يملك الإقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته. وأما عند أبي يوسف فلأن المضارب يملك الإقالة والبيع نسيئة كما قالاه، وإن كان الوكيل لا يملك ذلك. ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشتري أو أعسر منه لما ذكرنا أنه لو أقال العقد مع الأول ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز، فكذا إذا قبل الحوالة ولأنه من صنيعهم، بخلاف الوصيّ يحتال بمال اليتيم فإن تصرفه نظري فلا بد وأن يكون المحتال عليه أيسر. ثم ذكر الأصل فيما يفعله المضارب بأنواعه الثلاثة، وهو ظاهر. ثم قال: **(ولا يزوّج عبداً ولا أمة من مال المضاربة)** لأن التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بها **(وجوّز أبو يوسف تزويج الأمة لأنه جعله من الاكتساب)** بلزوم المهر وسقوط النفقة. والجواب أنه ليس بتجارة وإن كان فيه كسب فصار كالإعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة، والله أعلم. قال: **(فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى ربّ المال الخ)** فإن دفع إلى ربّ المال شيئاً من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة، خلافاً لزفر فإن ربّ المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال، ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء. ولنا أن الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقاً للمضارب. وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك، والإبضاع توكيل لأنه استعانة، ولما صح استعانة المضارب بالأجنبي فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استرداداً، بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لأنه يمنع التخلية. فإن قيل: رب المال لا يصلح وكيلاً لأن الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله. أجيب بأن رب المال بعد التخلية صار كالأجنبي عن المال فجاز توكيله، فإن قيل: لو كان كذلك تصح المضاربة

المال وهو الاستدانة، وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين، ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لأنه نوع من الاستدانة، وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض. قال: **(ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة)** وعن أبي يوسف أنه يزوّج الأمة لأنه من باب الاكتساب؛ ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة. ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب، ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا. قال: **(فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى ربّ المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة)** وقال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه

رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى قوله: **(وقال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً، ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام. قال زفر: رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء. أقول: هذا الشرح لا يطابق المشروح. فإن الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر في مسألتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضاً في هذه المسألة وليس كذلك، والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفاً في مال نفسه غير صالح لأن يكون وكيلاً فيه بناء على أن المرء لا يصلح وكيلاً لغيره فيما يعمل في ملك نفسه، ولقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال: قال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه، فإن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلاً لغيره فصار مسترداً انتهى قوله: **(فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع)** قال صاحب العناية: وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيداً لقوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ. أقول: هذا الكلام منه ليس بشيء، لأنه إن أراد أن هذه المسألة مرّت بعينها وخصوصها

مع رب المال. أجاب بقوله: **(وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هاهنا، فلو جوزناه لأدى إلى قلب الموضوع)** ولقائل أن يقول: رب المال إما أن يصير بالتخلية كالأجنبي أو لا، فإن كان الأول جازت المضاربة، وإن كان الثاني لم يجز الإبضاع، فالقياس شمول الجواز وعدمه. والجواب أنه صار كالأجنبي. قوله جازت المضاربة. قلنا: ممنوع لأن المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود، بخلاف البضاعة فإنها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه، فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له **(وإذا لم تصح)** المضاربة الثانية **(بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى)** وكلام المصنف يوهم اختصاص الإبضاع ببعض المال حيث قال شيئاً من مال المضاربة، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلاً، وبه صرح في الذخيرة والمبسوط، وقيد بدفع المضاربة لأن رب المال إذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغيره أمر وباع واشترى، فإن كان رأس المال نقداً فقد نقض المضاربة، إذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملاً لنفسه، ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة، وإن صار رأس المال عرضاً لا يكون نقضاً لأن النقض الصريح إذا كان رأس المال عرضاً لم يعمل فيها فهذا أولى. قال: **(وإذا عمل المضارب في المصر الخ)** فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح. والقياس أن لا يستوجب النفقة في مال

قوله: **(إذا لم يصرح به)** أقول: فيه بحث.

فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء. ولنا أن التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب فيصلح رب المال وكيلاً عنه في التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استرداداً، بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لأنه يمنع التخلية، وبخلاف ما إذا دفع المال إلى ربّ المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال ربّ المال وعمل المضارب ولا مال هاهنا، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع، وإذا لم تصح بقي عمل ربّ المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى. قال: **(وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال، وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه)** ومعناه شراء وكراء في المال. ووجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة، والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي،

فليس كذلك قطعاً، وإن أراد أنها مرت في ضمن الأصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الأصل فهو مسلم، ولكن المسألة الثانية أيضاً مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الأصل فلا وجه لجعل الأولى تمهيداً للثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور، بل لم تكن مسألة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الأصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على ما زعمه. فالحق أن كل واحدة من هاتين المسألتين مقصورة بالبيان هاهنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل، ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كلي مارّ. كيف وتفريع الفروع على الأصول من هذا القبيل مع أنه المسلك المعتاد في عامة المواقع قوله: **(وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه)** قال في العناية: فإن قيل: المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما. أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط، وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن. وقال: وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون، فإن كان مأذوناً وقع

المضاربة ولا على رب المال لأنه بمنزلة الوكيل. والمستبضع عامل لغيره بأمره، أو بمنزلة الأجير لما شرط لنفسه من الربح، ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به، إلا أنا تركناه فيما إذا سافر بالمال لأجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بأنه متبرّع بعمله لغيره وبين الأجير بأنه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستأجر، وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالإنفاق من ماله، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل، فلو أنفق من ماله يتضرر به، وحكم المضاربة الفاسدة حكم الإجارة، وإذا أخذ شيئاً للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه ردّه في المضاربة لانتهاء الإستحقاق كالحج عن الغير إذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع، وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما إذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله، فإن كان كذلك فهو بمنزلة السوقي، وإن لم يكن فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه إذ ذاك لها والنفقة ما تصرف إلى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء أو كراء كل ذلك بالمعروف. وألحق بذلك ما كان من معدات تكثر تثمير المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحلاق وعلف الدبة والدهن في موضع يحتاج فيه إليه كالحجاز، فإن الشخص إذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشياً في حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار ما به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة، والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لأنه لإصلاح البدن. ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب. قال: **(وإذا ربح أخذ رب المال الخ)** يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملاً فتكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال، فإذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا، فإن باع المضارب المتاع بعد ما أنفق مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه كأجرة السمسار والصباغ والقصار، ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين، فإن كان من المضارب ألف فاشترى بها ثياباً

قوله: **(فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل)** أقول: وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب.

وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه، وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرّر بالإنفاق من ماله أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد، فلو أنفق من ماله يتضرّر به، وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير، وبخلاف البضاعة لأنه متبرّع. قال: **(فإن بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره ردّه في المضاربة)** لانتهاء الاستحقاق، ولو كان خروجه دون السفر فإن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر، وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف إلى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا، ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز، وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف بين التجار. قال: **(وأما الدواء ففي ماله)** في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة، وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها. قال: **(وإذا ربح أخذ رب المال ما**

على المضاربة وإن لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك ا هـ كلامه. أقول: في آخر كلامه اضطراب، لأن الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً أنه اختار كونه غير مأذون لأن كونه غاصباً إنما جعل فيما قبل فرعاً لكونه غير مأذون، فتعليل اندفاع ذلك بتبين أنه خرج عن كونه غاصباً يقتضي اختيار كونه غير مأذون فحينئذ لم يحتج إلى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ، لأن وقوعه على المضاربة إنما جعل فيما قبل فرعاً لكونه مأذوناً، فإذا اختار كونه غير مأذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركاً. فإن قلت: مراده أنّ لفعل المضارب هاهنا وهو صبغها أحمر جهتين مختلفتين أولاهما خلط مال المضاربة بمال نفسه، وثانيتهما الاستدانة على المالك، وأن المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه. قلت: مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذي أشار إليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام في نفسه، إذ لا يرى وجه يقتضي أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك، على أن الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما مأذوناً في فعله هذا أو غير مأذون. ثم أقول: الصواب عندي في دفع ما قيل المضارب إما أن يكون بهذا الفعل مأذوناً أو غير مأذون الخ أن نختار كونه مأذوناً به بقوله اعمل برأيك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ، إذ الإذن المذكور ليس بمقصور على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده، بل يعم

فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على رب المال، وهذا المقال لا ينتظمه كما مر، وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيداً لقوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه، وسائر الألوان كالحمرة إلا السواد عند أبي حنيفة، لأن الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكاً بخلط ماله بمال المضاربة. وقوله اعمل برأيك ينتظمه، فإذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغاً على قيمته مصبوغاً وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ إن باعه مساومة، وإن باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به، وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة، بخلاف القصارة بفتح القاف والحمل فإنه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء، ولهذا إذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجاناً، وإذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه

قوله: (وجعل الحد الفاصل، إلى قوله: بمنزلة السوقي) أقول: فيه بحث قوله: (ماشياً في حوائجه) أقول: أي بنفسه.

أنفق من رأس المال، فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لأن العرف جار بإلحاق الأول دون الثاني، ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها. قال: **(فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع)** لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر **(وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن)** لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب، وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه.

التصرف في مال المضاربة منفرداً أو منضماً إلى غيره مما له جهة في التثمير كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقرّر في بيان النوع الثاني من الأصل المار ذكره، وقد أشار إليه المصنف هاهنا بقوله وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر.

وترك الثوب عليه، وإذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حالاً منه. فإن قيل: المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما. أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن، وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فإن كان مأذوناً وقع على المضاربة، وإن لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك.

قوله: **(وسائر الألوان كالحمرة)** أقول: قوله وسائر مبتدأ وقوله كالحمرة خبره قوله: **(لأن الصبغ عين قائم الخ)** أقول: تعليل لقوله فهو شريك الخ قوله: **(لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً)** أقول: هذا ناظر إلى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ.

فصل آخر

قال: (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزّاً فباعه بألفين ثم اشترى بالألفين عبداً فلم ينقدهما حتى ضاعا

فصل آخر

لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة، ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة أخر ذكرها قوله: (بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفياً، لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب) يعني أن الغاصب إذا توكل ببيع المغصوب يصير وكيلاً ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة، حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أميناً. قال صاحب العناية بعد هذا البيان: وفيه نظر، لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدّ قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبرا جميعاً، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة، ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكمين متنافيين. ثم قال: ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما، وأما كونه مستوفياً فثابت بدفع الضرر عن الموكل، فإنه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلاً، فأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح، وحمله على الاستيفاء يضرّ المضارب فاخترنا أهون الأمرين، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى. أقول: في الجواب نظر، أما أوّلاً: فلأن قول المصنف لأنه أمكن جعله مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان، كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب صريح في إثبات إمكان جعله مستوفياً بمجامعة الوكالة الضمان في صورة تَوكل الغاصب ببيع المغصوب، فكيف يمكن أن يقال: مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما. ولئن سلم

فصل آخر

هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة. قال: (فإن كان معه ألف) ما ذكره المصنف واضح، ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها، فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا، وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها. وتحقيقه ما ذكره فخر الإسلام رحمه الله في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة، فإذا باعه بألفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة، فإذا اشترى جارية بألفين وقع ربعها للمضارب لأن ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فإذا هلك الثمن صار غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال، وإذ غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة، وإذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لأن مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافياً لها، ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لأبطلنا ما غرم لأنه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضارباً لنفسه وهو لا يصلح. ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة، لأن ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال، وإذا كان كذلك كان رأس المال في ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين قوله: (وإن كان معه ألف) معناه واضح، وقوله: (لتغاير المقاصد) لأن مقصود رب المال وصوله إلى الألف مع بقاء العقد، ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد. وقوله: (إلا أن فيه شبهة العدم) أي عدم الجواز، لأنه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به ألفاً لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كثبوته من كل وجه والأكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أن بيع ماله بماله قوله: (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ) كان الدفع والفداء إليهما، فإن دفعاه

فصل آخر

قوله: (وصوله إلى الألف مع بقاء العقد) أي عقد المضاربة.

يغرم ربّ المال ألفاً وخمسمائة والمضاربة خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال: هذا الذي ذكره حاصل الجواب، لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد، إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة. ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافات ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة **(ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة)** لأنه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة **(ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين)** لأنه اشتراه بألفين، ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما. قال: **(وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة)** لأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعاً للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم، ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين، ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدماً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع. قال: **(فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب)**

ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لأن حاصله أن السبب في صورة توكيل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من إمكان اجتماعهما هناك إمكان اجتماعهما هاهنا. وأما ثانياً: فلأن قوله وأما كونه مستوفياً فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتام، لأن الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى إنما هو الضرر الضروري الغير الناشيء من صنع الوكيل إذ الكلام فيما إذا هلك الثمن المدفوع إلى الوكيل من غير تعدّ منه ولا محذور شرعاً في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفياً لأجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة، ألا ترى أن الوديعة إذا هلكت في يد المودع من غير تعدّ منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا

بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة، وإن فدياه **(فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب، لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعاً، لأن رأس المال لما صار عيناً واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما)** ولهذا عتق الربع إن كان العبد قريبه **(وألف هو رأس المال)** وقيد العين بالوحدة احترازاً عما إذا كان عينين فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم **(فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بينهما)** أنه صار مضموناً عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة **(وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فإنه يتضمن انقسام العبد بينهما)** لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه **(والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم)** يعني به ما إذا ضاع الألفان في المسألة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك **(لأن جميع الثمن فيه على المضارب)** لكونه العاقد، والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه. وقوله: **(ولأن العبد كالزائل)** لأنه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك **(فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً خارجاً عن المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم)** يريد به ما تقدم في المسألة المتقدمة، وهي ما إذا ضاع الألفان فإن العبد فيها على المضاربة **(فإن كان معه ألف فاشترى بها عبداً وهلك قبل النقد إلى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لأن المال في يده أمانة)** وقد هلك وقد بقي عليه الثمن ديناً وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانياً **(لا يصير)** المضارب **(مستوفياً لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون)** وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان، وإذا لم يكن مستوفياً كان له أن يرجع على رب المال مرّة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه العهدة بوصول الثمن إلى

لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً، لأنه لما صار المال عيناً واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان، وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بيناه، وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة، بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً لا على المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام، بخلاف ما تقدم. قال: **(فإن كان معه ألف فاشترى بها عبداً فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال)** لأن المال أمانة في يده ولا يصير مستوفياً، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى، بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفياً، لأن

يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب. وأما ثالثاً: فلأن قوله وأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع إلى قوله فاخترنا أهون الأمرين غير متمشّ فيما إذا هلك الألف والعبد معاً، إذ لا يبقى حينئذ شيء من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الربح، والظاهر أن جواب المسألة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جار في هذه الصورة أيضاً بناء على الدليل المذكور في الكتاب. قال في النهاية ومعراج الدراية: ذكر الإمام المحبوبي ثلاثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل: أحدها ما ذكر في الكتاب. والثاني أنا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لأبطلنا حق الموكل أصلاً لأنه إذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلاً، فأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع إذا حملنا على الأمانة لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الأمرين. والثالث: أن الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده، فأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى. أقول: في كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظر. أما في الأول فلما عرفته آنفاً، وأما في الثاني والثالث فلأن كل واحد منهما يقتضي أن لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضاً إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الأولى في تلك الصورة. أما اقتضاء الثاني ذلك فلأن إبطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة الأولى أيضاً لعلة مذكورة، وأما اقتضاء الثالث إياه فلأن انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعاً بما حدث بعد زوال الأمانة بالانعزال ولو كان في مرة أولى. وأيضاً يرد على الوجه الثاني ما أوردناه ثانياً وثالثاً على جواب صاحب

البائع **(بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء)** فإنه لا يرجع إلا مرة واحدة **(لأنه أمكن أن يجعل مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب)** فإنه يصير وكيلاً ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة، حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أميناً فيه، وفيه نظر لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدّ قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبرا جميعاً، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكمين متنافيين، ولو غصب ألفاً فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه، وعلى تقدير ثبوتها يحتاج إلى فرق دفعاً للتحكم، ولأن المطلوب كونه مستوفياً والدليل إمكان ذلك والإمكان لا يستلزم الوقوع. ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما، وأما كونه مستوفياً فثابت بدفع الضرر عن الموكل، فإنه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلاً، فأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح، وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا

قوله: (فإنه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل) أقول: يعني حقه في الألف المدفوع.

الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب، ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة، وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر.

العناية عن نظره تأمل تقف. ثم أقول: الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسألتنا هذه أن يقال: قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فإنه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة، فإذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفياً له فصار مضموناً عليه، فإذا هلك بعد لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلاً فيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه إلا مرة فيما إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء، وقد أشار إليه المصنف بقوله لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل.

أهون الأمرين، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري. وقوله ولو غصب ألفاً الخ لم تثبت فيه رواية تحوج إلى الفرق بينهما. وقوله (ثم في الوكالة) للفرق بين ما إذا دفع المال ثم اشترى الوكيل، وبين ما إذا اشترى ثم دفع فإنه يرجع في الأول ويصير به مستوفياً، وفي الثاني لا يرجع أصلاً وكلامه فيه واضح، والله أعلم.

قوله: (بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع) أقول: حيث يجري بينهما مبادلة حكمية كما تقدم.

فصل في الاختلاف

قال: **(وإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إليّ ألفا وربحت ألفاً وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب)** وكان أبو حنيفة يقول أوّلاً القول قول رب المال وهو قول زفر، لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر، ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضميناً كان أو أميناً لأنه أعرف بمقدار المقبوض، ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البينات للإثبات **(ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال)** لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر، ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة

فصل في الاختلاف

أي في الاختلاف بين المال والمضارب

أخّر هذا الفصل لأن الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين قوله: **(ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب)** قال صاحب العناية: وسماه مضارباً وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الأول ثم أقرضه اهـ. وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة. أقول: تسمية حد المتخالفين مضارباً عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضارباً في الأول مما لا يقبله فطرة سليمة جداً، والأقرب عندي أنه سماه مضارباً للمشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسألة على طريقة قوله تعالى: تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وقول الشاعر:

قالوا اقترح شيئاً نجد لك طبخه   قلت اطبخوا لي جبة وقميصا

قوله: **(لأن المضارب يدعي عليه التملك)** حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعي عليه التملك على تملك الربح حيث قال: هذا أي تملك الربح، وسلك صاحب العناية أيضاً هذا المسلك حيث قال: لأنه يدعي عليه تملك الربح. أقول: الظاهر أن مراد المصنف بالتملك هاهنا تملك أصل المال، لأن دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فأمر تابع لتملك أصل المال في هذه الدعوى، فحمل التملك هاهنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح. أما أولاً: فلما أشرنا إليه من أن الأصل في دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروع ذلك، وحمل التملك في الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الأصل. وأما ثانياً: فلأن دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما إذا ادّعى المضاربة، فإن المدعي هناك استحقاق الربح

فصل في الاختلاف

أخّر هذا الفصل عما قبله لأنه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين. قال: **(وإن كان مع المضارب ألفان الخ)** اختلاف رب المال والمضارب إذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت إليّ ألفاً وربحت ألفاً وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب، وكان أبو حنيفة يقول أولاً القول قول رب المال، وهو قول زفر لأن المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر، ثم رجع وقال القول للمضارب، لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضميناً كان كالغاصب أو أميناً كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض، وإذا كان في مقدار الربح مع ذلك: أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط نصفه فالقول فيه: أي في الربح لرب المال: يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان، أما في رأس المال فلما مر من الدليل، وأما في الربح فلأن الربح يستحق بالشرط وهو

المضارب، لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر. ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل فيه العموم والإطلاق، والتخصيص بعارض الشرط، بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص. ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص،

دون استحقاق أصل المال فادّعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعي فيما نحن فيه، على أن الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح. وأما تمليك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته أيضاً إشكال يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق وتتبع قواعد الفقه وأقوال الأئمة قوله: **(والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة)** قال صاحب النهاية: ورب المال أيضاً محتاج إلى إثبات ما ادعاه ليصل حقه إليه، بل بينة رب المال أقوى بالقبول لإثباتها أمراً عارضاً وهو الضمان، وشرعية البينات لإثبات الأمر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد، فكان هذا مما يتأمل في صحته وإن كانت رواية الإيضاح تساعده أيضاً اهـ كلامه. وقال صاحب العناية: قال المصنف: لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة. واعترض عليه بأن البينة للإثبات لا للنفي، وبأن الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج إلى البينة. وأجيب بأن إقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان. فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية، وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر فلا يحتاج إلى بينة إلى هنا كلامه. أقول: جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد، لأن الثابت بإقرار الآخر إنما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لإذن رب المال فإنه يدعي الموافقة له، وسبب الضمان إنما هو المخالفة فلا يتم التقريب. والصواب في الجواب عنه أن يقال: عدم احتياج رب المال إلى البينة في مسألتنا هذه لا لأنه ليس بمدع شيئاً، بل لأن القول قوله لكون الإذن مستفاداً من جهته كما تقرر فيما مر آنفاً، فكان ما يدعيه ثابتاً بقوله فلم يحتج إلى البينة، ولهذه النكتة قال المصنف: وعدم حاجة الآخر إلى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر، وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف هاهنا فتدبر قوله: **(ولو وقّتت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى)** أقول: لقائل أن يقول: هذا مناقض لما ذكره آنفاً من أن البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الأخير ربّ المال. ويمكن التطبيق بأن يحمل ما ذكره أوّلاً على عدم التوقيت. قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف: ولو وقّتت البينتان الخ وإن لم توقّتا أو وقّتتا على السواء أو وقّتت إحداهما دون الأخرى فالبينة لرب المال. أقول: يرد عليه أن هذا ينافي ما ذكره المصنف من

يستفاد من جهته، ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له، فكذا إذا أنكر الزيادة، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لأن البينات للإثبات، وإذا كان في صفة رأس المال كما إذا قال من معه ألف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت ألفاً وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال، لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح وشرطاً من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر. ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لأنه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الأول ثم أقرضه، ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لأنها تثبت التمليك، ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الأخذ بالإذن، ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وإن أقاماها لأنها تثبت الضمان، وإذا كان في العموم والخصوص، فإن كان قبل التصرف فالقول لرب المال، أما إذا أنكر الخصوص فظاهر لأن العموم هو الأصل كما يذكر، وكذا إذا أنكر العموم لأنه يجعل إنكاره ذلك نهياً له عن العموم. وله أن ينتهي عنه قبل التصرف إذا ثبت منه العموم نصاً فهاهنا أولى، وإن كان بعده ورب المال يدعي العموم فالقول قوله قياساً واستحساناً، وإن كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحساناً لأن الأصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه

والإذن يستفاد من جهته، والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة، ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول.

أن البينة بينة المضارب، إذ لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذاك على عدم التوقيت كما ترى. ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير هاهنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقّتت البينتان الخ شيئاً من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط، ولكن قال بعد ما استشكل قول المصنف فيما قبل والبينة بينة المضارب الخ، وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحداً، وذكر ما في الذخيرة مفصلاً مندرجاً فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقّتت البينتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوباً إلى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعترافه بأن ما ذكره المصنف هاهنا مطابق لرواية الإيضاح دون رواية الذخيرة.

لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات، فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة، وإذا كان كذلك كان مدعي العموم متمسكاً بالأصل فكان القول له. ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والإذن مستفاد من جهته والبينة بينة المضارب. قال المصنف **(لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة)** واعترض عليه بأن البينة للإثبات لا للنفي، وبأن الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج إلى البينة. وأجيب بأن إقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية، وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر ولا يحتاج إلى بينة **(ولو وقّتت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى لأن لآخر الشرطين ينقض الأول)** وإن لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت إحداهما دون الأخرى فالبينة لرب المال لأنه تعذر القضاء بهما معاً للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك، وإذا تعذر القضاء بهما تعمل بينة رب المال لأنها تثبت ما ليس بثابت، والله أعلم.

كتاب الوديعة

قال: (الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس على المستعير غير

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول كتاب الإقرار، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى، لأن الوديعة أمانة بلا تمليك شيء، وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض، وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الإجارة تمليك المنفعة بعوض وهي عقد لازم، واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الأدنى إلى الأعلى، كذا في الشروح. ثم محاسن الوديعة ظاهرة إذ فيه إعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الأمانة وهو من أشرف الخصال عقلاً وشرعاً. قال عليه الصلاة والسلام «الأمانة تجرّ الغنى، والخيانة تجرّ الفقر»[1] وفي المثل: الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك، والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك. ثم إن الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك. عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبيّ ﷺ قال: «لينتهينّ أقوام عن ودعهم الجمعات»[2] أي عن تركهم إياها. قال شمر: زعمت النحوية أن العرب أماتوا مصدر يدع، والنبي ﷺ أفصح العرب، وقد رويت عنه هذه الكلمة، وسميت الوديعة بها لأنها شيء يترك عند الأمين، كذا في المغرب وبعض الشروح. قال صاحب العناية: وتفسيرها لغة الترك، وسميت الوديعة بها لأنها تترك بيد أمين انتهى. أقول: فيه سماجة ظاهرة، إذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك، وإنما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله، وتفسيرها لغة الترك إلا بتأويل بعيد لا يساعده لفظه، وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذي هو

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مرّ في أول الإقرار، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة لا تمليك بشيء. وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض، وفي الهبة تمليك العين بلا عوض، وفي الإجارة تمليك المنفعة بعوض، وهي أعلى من الهبة لأنه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم. ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في إعانة عباد الله تعالى واستيجابه الأجر والثناء على ذلك. وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مراراً. ومشروعيتها بقوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ بإطلاقه. وتفسيرها لغة الترك، وسميت الوديعة بها لأنها تترك بيد أمين. وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال. وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلاً كان أو قولاً والقبول من المودع حقيقة أو عرفاً، فإن من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامناً، لأن هذا قبول للوديعة عرفاً. وشرطها: كون المال قابلاً لإثبات اليد عليه، لأن الإيداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون إثبات اليد غير متصوّر، فإيداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير صحيح. وحكمها: كون المال أمانة عنده. قال: (الوديعة أمانة في يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد، والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد كما إذا

كتاب الوديعة

قوله: (قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول: مخالف لما تقدم في الإقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صنعه قوله: (والأمانة أعم من ذلك، إلى قوله: جاز حمل الأعم على الأخص) أقول: فيه أن الأمانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه، بل المراد بالوديعة ما يترك عند الأمين.

---

(١) ضعيف، أخرجه الديلمي ٤١٥ من حديث جابر ومن حديث علي أخرجه القضاعي في الشباب: ٣٢. ٦٤ قابله. وحديث علي فيه ابن لهيعة والراوي عنه ليس من العبادلة، فهو ضعيف، وحديث جابر فيه ضعف أيضاً.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٨٦٥، والنسائي ٣/ ٨٨ وابن حبان ٢٧٨٦ وأحمد ١/ ٢٣٩، ٣٥٤، ٢/ ٨٤ كلهم من حديث ابن عمر وابن عباس، وتقدم في كتاب الجمعة

المغلّ ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان»[1] ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع، فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم. قال: (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله) لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ

الترك. وقال جماعة من الشراح: الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال. أقول: الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضاً هي المال المودع الذي يترك عند الأمين لا نفس التسليط على حفظ المال، وأن التسليط على حفظ المال هو الإيداع، وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية: الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أيّ شيء كان مالاً أو غير مال. يقال أودعت زيداً مالاً واستودعته إياه: إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما، وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما، والمال مودع ووديعة. وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى. حيث فسر الإيداع بالتسليط المزبور دون الوديعة، وقالا: والمال مودع ووديعة. وأقول: فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضاً شيء، لأن محصول ذلك أن معنى الإيداع لغة أعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الأول المال وغيره، ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الأول أيضاً بالمال، لأن المذكور فيها عند بيان معناه، يقال أودعته مالاً: أي دفعته إليه ليكون وديعة عنده، فلو لم يكن لها اختصاص بالمال في اللغة أيضاً لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه، بل كان اللائق بهم أن يقولوا أودعته شيئاً أو دفعته إليه ليكون وديعة عنده، والعجب أن صاحب الكافي والكفاية بعد أن قالا: الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شيء كان مالاً أو غير مال قالا أيضاً: يقال أودعت زيداً مالاً واستودعته إياه: إذا دفعته إليه ليكون عنده، وليس فيما استشهدا به شيء يوهم العموم، بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفاً فكان اللائق بهما جداً ترك ذلك قوله: (**الوديعة أمانة في يد المودع الخ**) قال صاحب النهاية: فإن قيل: الوديعة والأمانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوّز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز إيقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبراً إلا على طريق التفسير كولك الليث أسد والحبس منع، ومراد المصنف هاهنا ليس تفسير الوديعة بالأمانة. قلنا: جواز ذلك هاهنا بطريق العموم والخصوص، فإن الوديعة خاصة والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه، فالوديعة هي الاستحفاظ قصداً والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في حجر

هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره، وإذا كان كذلك جاز حمل الأعم على الأخص، والوديعة أمانة في يد المودع (**إذا هلكت لم يضمنها لقوله ﷺ: «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»**) والغلول والإغلال: الخيانة إلا أن الغلول في المغنم خاصة والإغلال عام. قيل فيه نظر، لأنه ذكر في غريب الحديث أنه قول شريح ليس بحديث مرفوع. وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبيّ ﷺ (**ولأن شرعيتها لحاجة الناس إليها، فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها، وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين**) قال: (**وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله**) قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب، فإن المرأة إذا أودع عندها شيء جاز لها أن تدفع إلى زوجها، وابن المودع الكبير إذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الأب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يعمل بمن في عياله الخيانة، فإن علم ذلك وحفظ بهم ضمن، وهذا إذا لم ينه عن الدفع إليهم (**لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه**) وهو إنما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز أن يدفع إليهم الوديعة، وعن هذا قيل العيال ليس بشرط، فإنه روي عن محمد أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وهو ليس في عياله أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله أنه لا يضمن لأنه لما كان موثوقاً به في ماله كان في الوديعة كذلك قوله: (**ولأنه**) دليل آخر على ذلك، وهو أنه: أي المودع (**لا يجد بداً من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته**) لا محالة (**ولا استصحاب الوديعة عند خروجه**) وهذا معلوم للمودع (**فيكون راضياً به، فإن حفظها بغيرهم**) بأن ترك بيتاً فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله (**أو أودعها**

---

(١) تقدم تخريجه في أواخر باب الاستثناء، وما معناه.

مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، ولأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا

غيره، والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق، وفي الأمانة لا يبرأ بعد الخلاف. هكذا نقل عن الإمام بدر الدين الكردري إلى هنا لفظ النهاية. وقال صاحب الكفاية: وقال الشيخ الإمام بدر الدين رحمه الله: الفرق بين الوديعة والأمانة بالعموم والخصوص، فالوديعة خاصة والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه، فالوديعة هي الاستحفاظ قصداً والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في حجر غيره، والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق في الأمانة، إلى هنا كلامه. أقول: يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضي أن يكون بين الوديعة والأمانة تباين لا عموم وخصوص، فإنه قد اعتبر في الأولى القصد وفي الأخرى عدم القصد، وهما لا يجتمعان في مادة أصلاً، وكذا جعل حكم الأولى أن يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، وحكم الأخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصوّر بينهما عموم وخصوص، بل يتعين التباين، وحمل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعاً فلا يتم المطلوب. وقال صاحب العناية هاهنا: قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد، والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد كما إذا هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره، وإذا كان كذلك جاز حمل الأعم على الأخص ا هـ كلامه. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه: إن الأمانة مباين للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه، بل المراد بالوديعة ما يترك عند الأمين ا هـ. أقول: قد كان لاح لي ما ذكره من حديث كون الوديعة بهذا المعنى مبايناً للأمانة مع كلام آخر، وهو أنه يلزم حينئذ أن لا يصح قول المصنف الوديعة أمانة في يد المودع، إذ التسليط على الحفظ أمر معنوي لا يمكن أن يكون في يد المودع، ولكن دفعتهما معاً بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الإسناد المجازي، فلا ينافي هذا أن تكون الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الأمين فيندفع المحذوران المزبوران معاً. ثم إن هذا التوجيه وإن كان بعيداً عن ظاهر اللفظ إلا أنه لا بد من المصير إليه تصحيحاً لكلمات ثقات الناظرين في هذا المقام، فإن ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم؛ ألا ترى أنه قال في النهاية والكفاية: فالوديعة هي الاستحفاظ قصداً والأمانة هو الشيء الذي وقع في يده من غير قصد، وقال في غاية البيان: لأن الوديعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً، والأمانة قد تكون من غير قصد إلى غير ذلك من عبارات المشايخ. بقي هاهنا شيء، وهو أن ما ذكره الشراح هاهنا من أن الأمانة أعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الأمانة مخالف لما صرحوا به في أواخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار من أن الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها، وكذا إذا هبت الريح فألقت ثوباً في دار إنسان. وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من أن الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقرّ لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد إليه قوله هناك، حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف، وقد نبهت عليه هناك فتدبر. ثم إن

غيرهم) بأن نقلها من بيته وأودعها عند غيرهم **(ضمن، لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره و)** الحال أن **(الأيدي تختلف في الأمانة)** قيل هذا يناقض قوله لأن الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لأن المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغي أن يملك إيداع الوديعة أيضاً، وخطؤه ظاهر لأن قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الإيداع، لأن الإيداع استحفاظ لا حفظ قوله: **(ولأن الشيء لا يتضمن مثله)** قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فإن لهم ولاية فعل ما فعل بهم، والوعد بالجواب في مظانها ولا بأس بذكره هاهنا

استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به **(فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن)** لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره، والوضع في حرز غيره إيداع، إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه. قال: **(إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى)** لأنه تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك، ولا يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع. قال: **(فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها)** لأنه متعدّ بالمنع، وهذا لأنه

صاحب النهاية بعد أن ذكر الجواب الأول ونسبه إلى الإمام بدر الدين الكردري. كما مر قال: والأولى من الجواب فيه أن يقال: لفظ الأمانة صار علماً لما هو غير مضمون فكان قوله هو أمانة عنده: أي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه، حتى أن لفظ الأمانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها، وأراد بالوديعة ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين فصح إيقاعهما مبتدأ وخبراً ا هـ. أقول: فيه نظر، إذ لو كان المراد بالأمانة المذكورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتيج إلى ذكر قوله إذا هلكت لم يضمن للقطع بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع إذا هلكت لم تضمن لكون الثاني مستدركاً. وردّ عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه، لأن العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك، وليت شعري أيّ علم هذا من أقسام الأعلام ا هـ كلامه. أقول: دفع هذا سهل، لأن لفظ الأمانة إن كان علماً لما هو غير مضمون كان من أعلام الأجناس، كأسامة فإنه علم لجنس الأسد، وسبحان فإنه علم لجنس التسبيح إلى غير ذلك من أعلام الأجناس التي ذكروها في كتب النحو وبينوا دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد، فمن أتقن مباحث ذلك في محالها لا يشتبه عليه الأمر فيما نحن فيه قوله: **(ولأنه لا يجد بدّاً من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به)** أقول: فيه شيء، وهو أن قوله فكان المالك راضياً به يشعر بكون مدار جواز دفع الوديعة إلى عياله رضا المالك به، وذلك يقتضي عدم جواز دفعها إليه عند عدم رضاه به، وليس كذلك فإن المالك إذا نهى عن دفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى ما لا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب. فالظاهر أن مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله، فالأولى أن يترك فكان المالك راضياً به ويقال بدله، فإن امتناع الحفظ بعياله يقتضي سدّ باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للإمام الزاهدي قوله: **(فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة)** أقول: فيه أيضاً شيء وهو أن ظاهر هذا

إجمالاً، وهو أن المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهما التمليك **(والوضع في حرز الغير إيداع)** كالتسليم إليه فيوجب الضمان **(إلا إذا استأجره فيكون حافظاً بحرز نفسه)** قوله: **(إلا أن يقع في داره حريق)** استثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمن، فإذا وقع ذلك تعين التسليم إلى جاره أو الإلقاء إلى سفينة أخرى طريقاً للحفظ فيكون مرضي المالك وينتفي الضمان، لكنه متهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والإلقاء فصار كدعوى الإذن بالإيداع فلا بد من إقامة البينة.

وقال في المنتقى: إذا علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلا بينة. قال: **(فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها الخ)** إذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لأنه متعدّ إذ المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع إذا طلبه لم يرض به ذلك بإمساكه وقد حبسه فصار ضامناً، والخلط النافي للتمييز تعدّ فيوجب

قوله: **(لأن الإيداع استحفاظ لا حفظ)** أقول: فيه تأمل.

لما طالبه لم يكن راضياً بإمساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه. قال: **(وإن خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقالا: إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء)** مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير. لهما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكاً من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء. وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه، ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها، ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لأنه لا حق له إلا في الدين وقد سقط، وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط، وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان، وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس، ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة. ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك إلى ضمان لما ذكرنا، وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر اعتباراً للغالب أجزاء، وعند محمد شركه بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مرّ في الرضاع، ونظيره خلط الدراهم بمثلها

التعليل يقتضي أن يضمن أيضاً إذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لأن يدهم غير يد نفسه فالأظهر أن يقال: لأن المالك رضي بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسألة، فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للإمام الزاهدي حيث قال: لأن الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضاه بيدهم رضا بيد غيرهم قوله: **(ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها)** قال بعض الفضلاء: فيه تأمل، فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة اهـ. أقول: هذا ساقط، فإن القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعاً، إذ لا شك أنه لا يجب على المشتركين في شيء قسمة ذلك الشيء، بل يجوز أن يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة أبداً، فإنما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها، فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة، فإن المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشركة، ونفس الشركة بعد أن تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا يوجبان جواز القسمة تأمل قوله: **(وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة الخ)** قال صاحب العناية في حل هذا المحل: قالوا إذا كان الطريق

الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة. وقالا: إن خلط الجنس شركه إن شاء، مثل أن يخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير وإلا تعذر الوصول إلى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة، وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء. ولأبي حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه إلى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله: (وأمكنه معنى) غير صحيح لأنه بالقسمة وهي من أحكام الشركة **(فلا تصلح موجبة لها)** لئلا ينقلب المعلول علة **(ولو أبرأ)** المالك **(الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لأنه لا حق له إلا في الدين وقد أسقط. وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الإبراء إليه فتبقى الشركة في المخلوط و)إن خلط المائع بغير الجنس ك (خلط الخل)** بالخاء المهملة وهو دهن السمسم **(بزيت الزيتون)** صار مذهبهما كمذهب أبي حنيفة ف **(يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع لأنه استهلاك صورة)** وهو ظاهر **(ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس)** لأن حقيقة القسمة بالإفراز، وذلك إنما يكون عند اتحاد الجنس **(ومن هذا القبيل)** أي من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع **(خلط الحنطة**

قال المصنف: **(ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها)** أقول: فيه تأمل فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة قوله: **(لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر)** أقول: هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ.

إذابة لأنه يصير مائعاً بالإذابة. قال: **(وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها)** كما إذا انشق الكيسان فاختلطا لأنه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق. قال: **(فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطها بالباقي ضمن الجميع)** لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم. قال: **(وإذا تعدّى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان)** وقال الشافعي: لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً للمنافاة فلا يبرأ إلا بالردّ على المالك. ولنا أن الأمر باق لإطلاقه، وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه، فإذا ارتفع عاد حكم العقد، كما إذا

آمناً، فإن كان مخوفاً ضمن بالاتفاق، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله ا هـ. أقول: هذا تحرير مختل وحل فاسد، لأنه إن كان مقول القول في قالوا مجموع ما ذكره بأن كان قوله إذا كان الطريق آمناً شرطاً وما بعده جزاءه فسد المعنى جداً، إذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفاً قسماً مما كان آمناً فيلزم أن يكون ضد الشيء قسماً منه وهو باطل قطعاً، وإن كان مقول ذلك قوله إذا كان الطريق آمناً فقط بأن كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب إذا كان الطريق آمناً كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح، وكان قوله فإن كان مخوفاً ضمن بالاتفاق بياناً لحكم كون الطريق مخوفاً في المسافرة بالوديعة، وكان قوله وإذا كان آمناً وله بد من السفر الخ تفصيلاً لحكم كون الطريق آمناً في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضاً، لأنه إن أراد بقوله إذا كان الطريق آمناً في قوله قالوا إذا كان الطريق آمناً ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من إطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك منافياً لذلك قطعاً، وإن أراد بذلك ما هو مفيد بأن لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل وإن سافر بنفسه ضمن لأنه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع أن حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر

بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم إن الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور **(لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز)** صورة ومعنى **(وإن خلط المائع بجنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا)** من الاستهلاك **(وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر)** فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل **(اعتباراً للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال)** أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره **(لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده لما مر في الرضاع)** إذا جمع بين لبن امرأتين في قدح وصبّ في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعاً عند محمد **(ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة لصيرورته مائعاً بالإذابة وإن اختلطت بمال المودع من غير فعله، كما لو انشق الكيسان فاختلطا صارا شريكين لأنه لم يصنع شيئاً يوجب الضمان وهذا بالاتفاق)** فإن هلك البعض كان من مالهما جميعاً إذ الأصل في المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقي على الشركة **(فإن أنفق المودع بعضها ثم ردّ مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع)** البعض بالاستهلاك اتفاقاً والبعض به خلطاً. لا يقال: فاجعل الرد قضاء لا خلطاً لعدم تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه، ولو لم يردّ ما أنفق كان ضامناً لما أنفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وبما أنفق لم يتعيب الباقي، فإن هذا مما لا يضره التبعيض إذ الكلام فيه، وإن أخذ ولم ينفق ثم بدا له فرده إلى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه، لأن أخذه لم ينافِ الحفظ، وبمجرد النية لا يصير ضامناً، كما لو نوى أن يغصب مال إنسان ولم يفعل. قال: **(وإذا تعدّى المودع في الوديعة الخ)** وإذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة أو لبس الثوب أو استخدم العبد أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان. وقال الشافعي رحمه الله: لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً، لأن الوديعة لكونها أمانة تنافي الضمان، وإذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك. ولنا أن

قوله: (لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلطاً لعدم تفرده) أقول: قوله لعدم تفرده جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ قوله: (ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة) أقول: الظاهر أن يقال وهو الخيانة.

استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد إلى نائب المالك. قال: **(فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع فيضمنها)**، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد، إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع فتمّ الرفع أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك، بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق، ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافاً لزفر لأن الجحود عنده غيره من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الأمر بخلاف ما إذا كان بحضرته. قال: **(وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقالا: ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة)** وقال الشافعي: ليس له ذلك في الوجهين لأبي حنيفة رحمه الله

في الكتاب، على أن ما ذكر في الكتاب فيما إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه إطلاق اللفظ. ويدل عليه قطعاً قول المصنف فيما بعد: وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن، ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة إذا كان الطريق آمناً ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه، وإنما ذكروا ذلك التفصيل في صورة إن كان الطريق مخوفاً أو إن عين المالك المصر للحفظ فيه: فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال: هذا كله إذا كان الطريق آمناً، أما إذا كان مخوفاً وله بد من السفر ضمن بالاتفاق، وكذا الأب والوصيّ وإن لم يكن له بد من السفر، إن سافر بأهله لا يضمن، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه يمكنه أن يتركها في أهله، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان اهـ. وتحرير صاحبي الكافي ومعراج الدراية حيث قالا: هذا إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فإن عين الحفظ في المصر فسافر إن كان سفراً له منه بد ضمن، وإن كان سفراً لا بد منه فإن أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصر ضمن، وإن لم يمكنه ذلك لم يضمن اهـ. وكأن صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام قوله: **(وفي الجامع الصغير: ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده، وقالا: له ذلك)** قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع

الأمر باق لإطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الأمانة، وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى إلى ما بعد ارتفاعه، فإذا ارتفع عاد حكم العقد. وعورض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ، وما هذا شأنه فالمخالفة فيه ردّ للأمر من الأصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود. وأجيب بأنا لا نسلم أن المخالفة فيه ردّ له من الأصل لأن بطلان الشيء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله أو بما ينافيه، والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لإبطال الإيداع ولا تنافيه؛ ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل، بخلاف الجحود فإنه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون رداً لقول مثله؛ ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع ردّ لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها قوله: **(كما إذا استأجره)** تنظير لمسألة الوديعة بالاستئجار فإن المخالفة ترك الحفظ في بعض أوقات كونها وديعة، فصار كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم عاد إلى الحفظ في الباقي فإنه ترك الحفظ في بعض الأوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أميناً. واعتُرض بأن هذا التنظير غير مستقيم، لأن بقاء كونه أميناً باعتبار أن عقد الإجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف

قوله: **(قيل لأن هذا الخ)** أقول: قائله السيد جلال قوله: **(وإن لم يكن وسافر بأهله الخ)** أقول: مخالف لما في غاية البيان.

إطلاق الأمر، والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً ولهذا يملك الأب والوصيّ في مال الصبي. ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة، والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيّد، والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر. قلنا: مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم، ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها، بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد **(وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن)** لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر

الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لأن المذكور فيه الألف وهو موزون انتهى.
أقول: فيه بحث، إذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسألة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون. قوله لأن المذكور فيه الألف وهو موزون ليس بشيء، إذ لا شك أن الألف إنما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر، كيف ولو أفاد بذلك الحصر لكان وضع المسألة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلاً بمقتضى قوله وهو موزون، ولا للموزون الذي هو غير الألف فيفوت المطلوب. وقال في معراج الدراية: قال أبو جعفر في الكشف: في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة، وذلك أن رواية كتاب الوديعة: القاضي لا يأمر المودع بالدفع، وكان يجوز أن يقول قائل: إن كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله أن يأخذه ديانة، فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة. وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة، فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول: نصيب الواحد الحاضر من

ما نحن فيه. وأجيب بأن العقد اللازم وغير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئاً فشيئاً فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقياً لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل.
وقوله: **(فحصل الرد إلى نائب المالك)** جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالردّ على المالك. ووجهه أن المودع نائب المالك، فإذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعاً حصل الردّ إلى نائب المالك. وقوله: **(فإن طلبها صاحبها الخ)** ظاهر. وقوله: **(ولو جحدها عند غير صاحبها)** كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان؟ فقال ليس له عندي وديعة **(لا يضمنها عند أبي يوسف)** وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول: ما حال وديعتي عندك؟ فقال ليس لك عندي وديعة **(خلافاً لزفر)** وإنما ذكر خلافهما فحسب، وإن كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة، قيل لأن هذا الفصل غير مذكور في المبسوط، وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فذكر كذلك. وجه قول زفر أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو لا كالإتلاف حقيقة. ووجه قول أبي يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين. قال: **(وللمودع أن يسافر بالوديعة الخ)** وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة قالوا إذا كان الطريق آمناً، فإن كان مخوفاً ضمن بالاتفاق، وإذا كان آمناً وله بدّ من السفر فكذلك، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله، ولا فرق بين السفر الطويل والقصير. وقالا: ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة، وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة، لكن قيل عند أبي يوسف إذا كان بعيداً، وعند محمد قريباً كان أو بعيداً. وقال الشافعي: ليس له ذلك في الوجهين: أي سواء كان لها حمل ومؤنة أو لا. لأبي حنيفة إطلاق الأمر لأن الآمر أمره بالحفظ مطلقاً فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان. فإن قيل: سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلاً للحفظ. أجاب بقوله والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً، ولهذا: أي ولكون المفازة محلاً للحفظ يملك الأب والوصيّ المسافرة بمال الصبيّ، فلو كان التلف مضموناً لما جاز لهما ذلك. قيل مسافرة الأب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس

قوله: **(لأن ولايتهما على مال الصبي نظرية)** أقول: لقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ ولولا أنه من الأحسن لما جاز ذلك لهما.

أبلغ فكان صحيحاً. قال: **(وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة، وقالا: يدفع إليه نصيبه)**. وفي الجامع الصغير: ثلاث استودعوا رجلاً ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده، وقالا: له ذلك، والخلاف في المكيل والموزون، وهو المراد بالمذكور في المختصر. لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف، ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه. ولأبي حنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع، والمفرز المعين يشتمل على الحقين، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة، وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضي

الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكاً ويجعل تبعاً للأكثر فلا يؤخذ من المودع، فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكاً ولا تبعاً فله أخذه، فتبين برواية الجامع أن كليهما سواء انتهى. أقول: في الفائدة الأخرى نظر، لأن جواب المسألة في رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبي حنيفة، وهذا لا يدفع توهم قائل أن علة عدم الأخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر، بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وإنما يدفعه رواية كتاب الدعوى لأن نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية، فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر إليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الأخرى إنما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب، اللهم إلا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة دون قول أبي حنيفة فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف قوله: **(بخلاف**

للمودع حتى التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحاً. وأجيب بأنه توضيح للاستدلال، ولئن كان استدلالاً فهو صحيح لأن ولايتهما على مال الصبيّ نظرية. وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف، فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز، وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف. ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لأن المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد، والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد به، لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفواً قياساً على الغبن اليسير في التجارات، والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وجعله كالاستحفاظ بالأجر، فإنه إذا استأجر رجلاً شهراً بدرهم ليحفظ ماله فإنه لا يملك السفر بذلك المال، وإن سافر ضمن قوله: **(قلنا مؤنة الرد)** جواب عن قولهما وتقريره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فإنه أمره مطلقاً وهو لا يتقيد بمكان، فهو لمعنى راجع إلى المالك فلا يبالي به. وقوله: **(والمعتاد كونهم في المصر)** جواب عن قول الشافعي: يعني أن المعتاد كون المودعين وقت الإيداع في المصر **(لأحفظهم، فإن من كان في المفازة يحفظ ماله فيها)** ولا ينقله إلى الأمصار **(بخلاف الاستحفاظ بالأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد، وإذا نهاه المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد، إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً)** قال: **(وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة الخ)** إذا تعدّد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع إليه حتى يحضر الباقي. وقالا: يدفع إليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب، حتى أن الباقي إن هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض. وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لأن المذكور فيه الألف وهو موزون. وذكر محمد الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم. قال في الفوائد الظهيرية: إن الأول هو الصحيح حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والدوابّ والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع، وحكاية الحمامي في المسألة مشهورة: لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك، وهذا

قوله: **(لأن المذكور فيه)** أقول: يعني المذكور في الجامع الصغير.

بأمثالها. قوله له أن يأخذه. قلنا: ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذ ظفر به، وليس للمودع أن يدفعه إليه. قال: **(وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظ أحدهما بإذن الآخر)** وهذا عند أبي حنيفة، وكذلك الجواب عنده في المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر. وقالا: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين. لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم. وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن، وهذا بخلاف ما لا

الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه) أي حق المديون **(لأن الديون تقضى بأمثالها)** فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير بل يكون المديون متصرفاً في مال نفسه فيجوز، كذا في النهاية وغيرها. قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أوّلاً هكذا: وفيه نظر، لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك انتهى.
أقول: هذا النظر في غاية السقوط، لأن المديون مأمور بالتصرف في ماله بالدفع إلى من يجب له عليه ذلك لا إلى من لا يجب له عليه ذلك، إذ لا شك أنه يجب على المديون قضاء دينه، فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من أن يقضي بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه إلى دائنه فكان مأموراً به. وبالجملة ليس كل ما يجب على إنسان لإنسان دفع عين ما أخذه منه، بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعاً. ثم قال صاحب العناية: والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه: أي بقضاء حقه، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما، لأن الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى كلامه. أقول: فيه نظر، أما أوّلاً فلأن كلام المصنف لا يساعده، لأن الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لأنه يطالبه بتسليم حقه بقوله لأن الديون تقضى بأمثالها، إذ كون قضاء الديون بأمثالها لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لأن المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون، فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون، وهذا مما لا سترة به. وأما ثانياً: فلأن ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الإنسان مأموراً بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه، لأنه قال: وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك

لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف، ومن طالب ما سلم لم يمنع منه ولهذا كان له أن يأخذه وإن كان في يد المودع بالاتفاق. ولأبي حنيفة لا نسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه، لأن المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة، وليس للمودع ولاية القسمة لأنه ليس بوكيل في ذلك، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه: أي حق المديون، لأن الديون تقضى بأمثالها فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير بل المديون يتصرف في مال نفسه فيجوز، وفيه نظر لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك. والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه: أي بقضاء حقه، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لأن الديون تقضى بأمثالها، والمثل

قوله: (أي حق المديون) أقول: يعني ماله قوله: **(وفيه نظر لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك)** أقول: يتكفل بدفعه قوله لأن الديون تقضى بأمثالها.

يقسم لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال. قال: **(وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمه إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن. وفي الجامع الصغير: إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى ما لا بد له منه لا يضمن)** كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه، وكما إذا كانت شيئاً يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط، وإن كان مفيداً فيلغو **(وإن كان له منه بد ضمن)** لأن الشرط مفيد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر **(وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن)** لأن الشرط غير مفيد، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز **(وإن حفظها في دار أخرى ضمن)** لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيداً فيصح التقييد، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط. قال: **(ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الثاني، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: له أن يضمن أيهما شاء. فإن ضمن الآخر رجع على الأول)** لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره، فيكون الأول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما، غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة. وله أنه قبض المال من يد أمين

بينهما، لأن الديون تقضى بأمثالها، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما، والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى. وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع ما أوضحناه من قبل قوله: قوله: **(له أن يأخذه)** أي قول الخصم في هذه المسألة كذا وهو الإمامان على ما مر. وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال: والضمير في قوله يرجع إلى القائل المعهود في الذهب أي قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى. ولا يخفى ما فيه. وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه إفراد ضمير قوله هاهنا قوله: **(قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ)** جواب عن قول الإمامين له أن يأخذه. تقريره أن جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز: أي من لوازمه لانفكاكه عنه، كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه: أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به، وليس للمودع أن يدفع إليه، كذا في العناية وغيرها. أقول: هنا إشكال، وهو أن هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير، فإن جواب المسألة فيها: فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده، وهذا دالّ على عدم جواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله. والجواب المذكور في الكتاب مشعر بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضاً

مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة. وقوله: **(له أن يأخذه)** جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه، وتقريره جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز: يعني من لوازمه لانفكاكه عنه، كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه: أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به، وليس للمودع أن يدفع إليه. قوله: **(وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم)** ما يقسم هو الذي لا يتعين بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون، وما لا يقسم هو ما يتعين به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق، وكلامه ظاهر. وقال في المبسوط: قول أبي حنيفة أقيس، لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد، فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل **(وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن)** معناه: إذا لم يكن له من التسليم إليها بدّ، علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال: **(إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها**

لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك، وأما الثاني فمستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره. قال: **(ومن كان في يده ألف فادّعاه رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما)** وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين، وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية. ولو تشاحا أقرع بينهما تطييباً لقلبهما ونفياً لتهمة الميل، ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني، فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة، وإن نكل أعني للثاني يقضي له لوجود الحجة، وإن نكل للأوّل يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول، بخلاف ما إذا أقرّ لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخّره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء، ولو نكل للثاني أيضاً يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه، وبالصرف إليهما صار قاضياً نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر

وإن لم يجبر المودع على دفع ذلك إليه عنده، كجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند إنسان إذا ظفر به من المودع بالفتح، وإن لم يكن للمودع أن يدفعه إليه، إذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز أخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك إليه عند أبي حنيفة لما احتيج في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه إلى التشبث بحديث أن ليس من ضرورات جواز الأخذ أن يجبر المودع على الدفع، بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود، بل كان الجواب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الأخذ أيضاً، فالجواب المزبور أيضاً إنما يتمشى على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر. واعلم أن صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذ هو يؤمر بالدفع إليه، ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر، فكذا هنا له أن يأخذ نصيبه من المودع. وقال في شرح الجواب عنه: والجواب عن قولهما لو كان في أيديهما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول: لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع، ألا ترى أن الغريم إذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد، ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم، وهذا معنى قوله كما إذا كان له ألف

إلى من لا بد له منه لا يضمن، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه، أو كانت شيئاً يحفظ على أيدي النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته) وهذا معنى قوله: **(وهو محمل الأول)** والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيداً والعمل به ممكناً وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان، وإذا لم يكن مفيداً أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو، وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة، أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهلك ضمن، وإذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها أو عن

قال المصنف: **(ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر الخ)** أقول: في أوائل كتاب الصلح من المبسوط: المودع إذا وقع الحريق في بيته فناول الوديعة جاراً له كان ضامناً في القياس انتهى لأن المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نصاً وأن لا يدفع إلى أجنبي، ثم قال في المبسوط: وفي الاستحسان لا يكون ضامناً لأن الدفع إلى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى. والمسألة مذكورة في كتاب الهداية في أوائل الوديعة قال المصنف: **(إن دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق)** أقول: بأن يودعه أحدهما فيشتري المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضاً قوله: **(لتغاير الحقين لأن كل واحد منهما يدعي ألفاً)** أقول: لا بل يدعي الألف المعين إلا أن يراد باعتبار المآل، والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه».

فيغرمه، فلو قضى القاضي للأول حين نكل ذكر الإمام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني وإذا نكل يقضي بها بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني. وذكر الخصاف أنه ينفذ قضاؤه للأوّل ووضع المسألة في العبد وإنما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لأنّ من العلماء من قال يقضي للأول ولا ينتظر لكونه إقرار دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لأنّ نكوله لا يفيد بعد

درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه إليه، إلى هنا كلام ذلك الشارح. أقول: فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين، ولكن لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقرير المصنف لا يساعد ذلك جداً تبصر قوله: **(وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة)** أي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحد مودعاً عند اثنين بكماله، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي في معنى المقام، فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلاً. وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه: بأن يودعه أحدهما فيشتري المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضاً انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن ما ذكر في أصل المسألة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له في الحال أودعها إياه، ولا شك أن العين الواحد لا يتصور أن يكون ملكاً لاثنين بكماله في حالة واحدة، ولا أن يكون مودعاً من اثنين بكماله في حالة واحدة، وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال إيداع أحدهما الألف ممن هي في يده وزال ملكه عنها أيضاً باشترائه بها سلعة من الآخر وتسليمها إليه، فكيف يحتمل أن يصدقا معاً في دعواهما المزبورة قوله: **(ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين)** قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقين: لأن كل واحد منهما يدعي ألفاً. أقول: يرد عليه أن كل واحد منهما إنما يدعي ألفاً معيناً وهو ما في يد المدعى عليه كما صرح به في وضع المسألة، والنقود تتعين في الودائع على ما تقرّر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسألة في التبيين، فمن أين يدل هذا على تغاير الحقين. ثم إن بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال: والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام «لك يمينه»[1] انتهى. أقول: ليس هذا بمفيد هاهنا، لأن ما

الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن، لأن الأول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به. قال: **(ومن أودع رجلاً وديعة الخ)** إذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة ويخير ربّ المال في تضمين أيهما شاء عندهما لأنه قبض من ضمين، لأن المالك لم يرض بغيره فكان الأوّل متعدّياً بالتسليم إلى الثاني، والثاني قد قبض منه، والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني يرجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة، ولأبي حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده، ولهذا لو دفع إلى من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق، فإذا لم يكن بالدفع ضامناً لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد

قوله: **(يقضي بالألف للأول أو للثاني)** أقول: في قوله أو للثاني بحث قوله: **(لا يفيد إقراره به)** أقول: فيلغو ذكر العبد قال المصنف: **(قال ينبغي أن يحلفه عند محمد إلى قوله: بناء على أن المودع)** أقول: قوله قال جواب هل في قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء مفعول له لقوله قال أو حال من فاعله.

---

(١) تقدم في أوائل كتاب الدعوى.

ما صار للأول، وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه. قال: ينبغي أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف بناء على أن المودع إذا أقرّ بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند محمد خلافاً له وهذه فريعة تلك المسألة وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم.

يقتضيه أن يكون لكل منهما حق في يمينه إنما هو عدم الاكتفاء لتحليفه لأحدهما فقط، وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب هاهنا، بل يحصل بتحليفه لهما معاً، وإنما الذي يقتضي تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراء أن يكون لكل واحد منهما حق في يمينه، ألا ترى أنهما لو ادّعيا من أحد شيئاً واحداً مشتركاً بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق في يمينه قطعاً مع أنه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد. والأظهر في تعليله أن يحلف هاهنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وإنما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني **(فينكشف وجه القضاء)** قال صاحب العناية في بيان وجه القضاء بأن يقضي بالألف للأول أو للثاني أو لهما جميعاً، لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول، ولو نكل للثاني أيضاً كان الألف بينهما انتهى. أقول: لا صحة لقوله أو للثاني إذ لا احتمال للقضاء بالألف الثاني بعد نكول ذي اليد الأول والكلام فيه، فالمحتمل هنا وجهان لا غير، والعجب أنه قال في التعليل لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له، والألف كله للأوّل. ولو نكل للثاني أيضاً كان الألف بينهما، وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير، وكان منشأ زلته هو أن سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضي بالألف لهما أو لأحدهما، فتوهم الشارح المزبور أن قولهم أو لأحدهما يعم الأول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الأوّل.

تعدّ منهما، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه. وأما الثاني: فمستمرّ على الحالة الأولى وهو القبض من أمين إذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه، كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره **(وإذا كان في يد رجل ألف فادعى رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها الخ)** ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقين لأن كل واحد منهما يدعي ألفاً. قوله وإن نكل: أعني الثاني: أي بعد ما حلف الأول. قوله ولا يقضي بالنكول: يعني للأول لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لك لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما قوله: **(فينكشف وجه القضاء)** بأن يقضي بالألف للأوّل أو للثاني أولهما جميعاً، لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول **(ولو نكل للثاني أيضاً كان الألف بينهما)** فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه قوله: **(لأنه)** أي لأن المودع المنكر **(أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله)** عند أبي حنيفة **(وبإقراره)** عندهما **(ولو قضى للأول حين نكل قال الإمام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير: إنه يحلف للثاني، وإذا نكل يقضي بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني، لأن القاضي قدمه إما باختياره أو بالقرعة، وكل ذلك لا يبطل حق الثاني)** ولم يذكر أنه إذا حلف للثاني ماذا حكمه. وقال أخوه في شرح الجامع الصغير: فإن حلف يقضي بنكوله للأول. وقوله: **(لكونه إقراراً)** أي لكون النكول إقراراً **(دلالة)** وقوله: **(ما هذا العبد لي)** يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم إليه، ولا قيمته لأنه لما أقرّ به للأول وثبت به حق الأول لا يفيد إقراره به للقاضي لأنه لا يمكن دفعه إلى الثاني بعد ذلك. وقوله: **(بناء)** أي قال الخصاف يحلفه عند محمد بناء **(على أن المودع إذا أقرّ بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنها عند محمد خلافاً لأبي يوسف)** كما إذا أقرّ بالوديعة لإنسان. ثم قال: أخطأت بل هي لهذا كان عليه أن يدفعها إلى الأول، لأن إقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل، ويضمن للآخر قيمتها لإقراره أنها للثاني، وأنه صار مستهلكاً على الثاني لإقراره بها للأول فيكون ضامناً له قيمتها، وهذا إذا دفعها إلى الأول بغير قضاء، فإن دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافاً لأبي يوسف لأن بمجرد إقراره لم يفوت على أحد شيئاً، وإنما الفوات بالدفع إلى الأول، وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن. ولمحمد أنه سلط القاضي على القضاء بها للأول لإقراره، وقد أقرّ أنه مودع للثاني، والمودع إذا سلط على الوديعة غيره صار ضامناً، وللمسألة تفريعات ذكرت في المطولات، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فهرس تكملة شرح فتح القدير
للإمام كمال الدين السيواسي

كتاب الوكالة

كتاب الدعوى

كتاب الإقرار

كتاب الصلح

كتاب المضاربة

كتاب الوديعة